

العقود الإدارية

دكتور

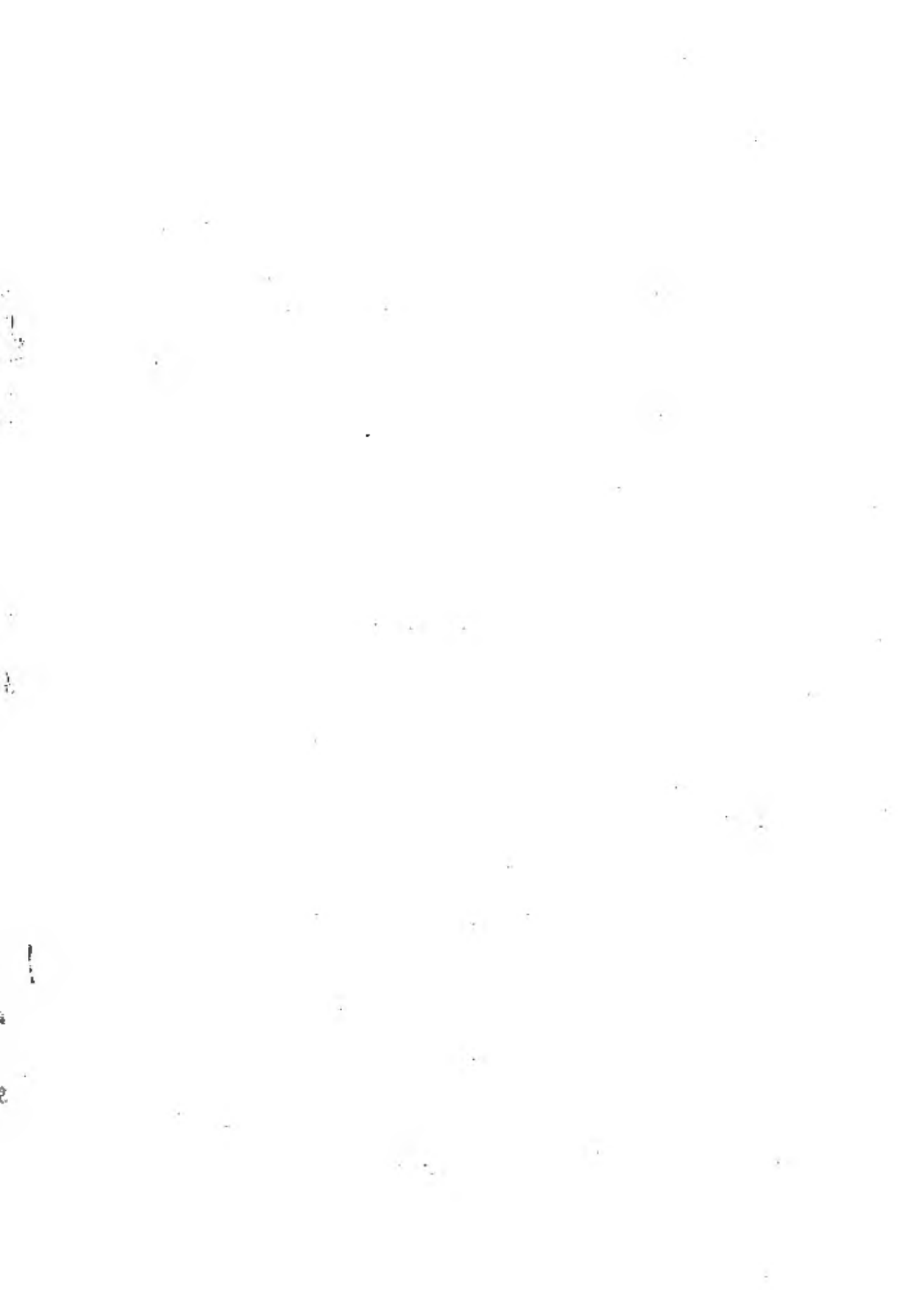
جابر جاد نصار

أستاذ بكلية الحقوق - جامعة القاهرة
والعامى بالنقض والإدارية العليا

الناشر

دار النهضة العربية

٢٢ شارع عبد الفائق ثروت - القاهرة



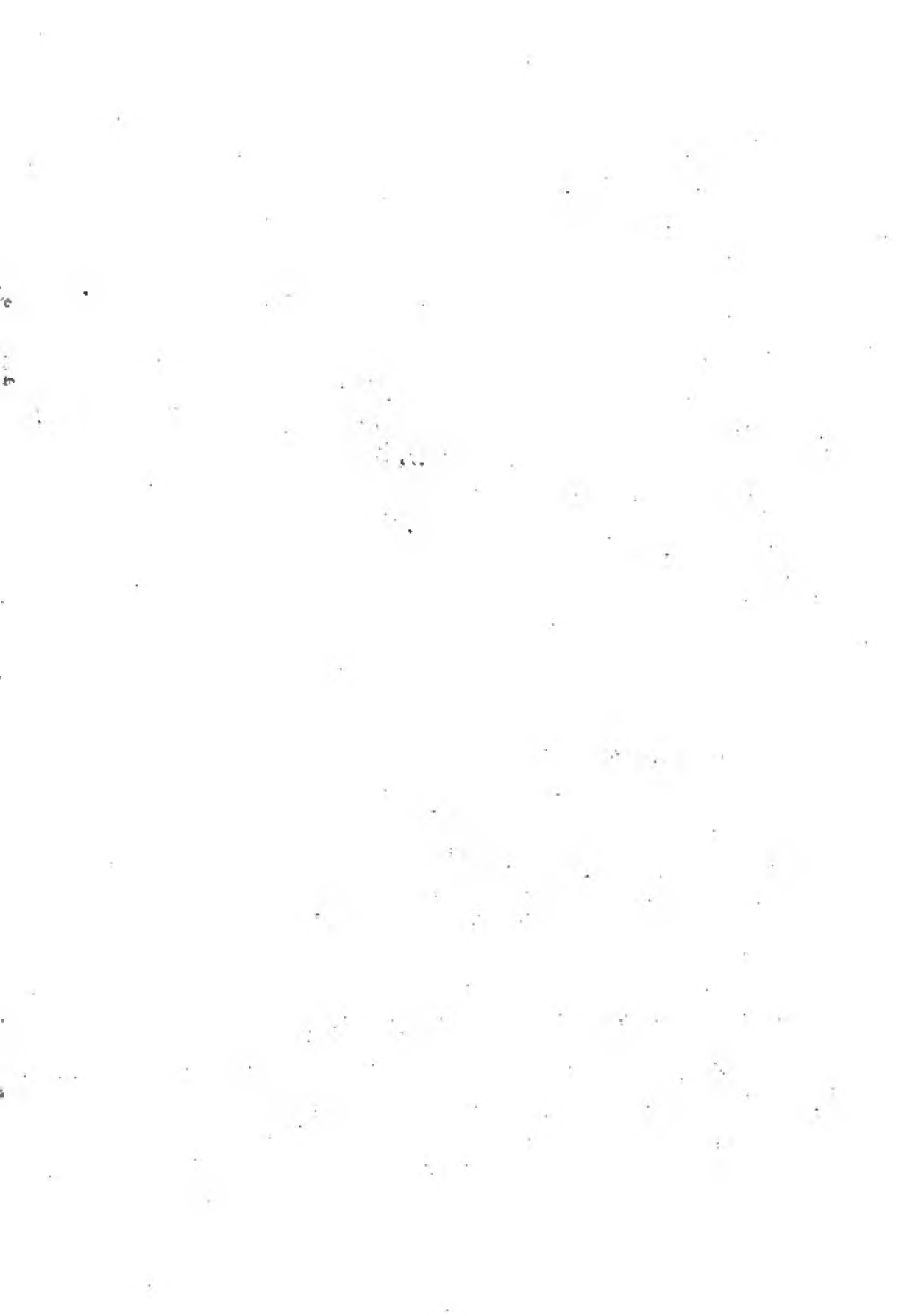
الحمد لله
لأتحة كل خير وتعام كل نعماً

بسم الله الرحمن الرحيم

« سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا

إنك أنت العليم الحكيم »

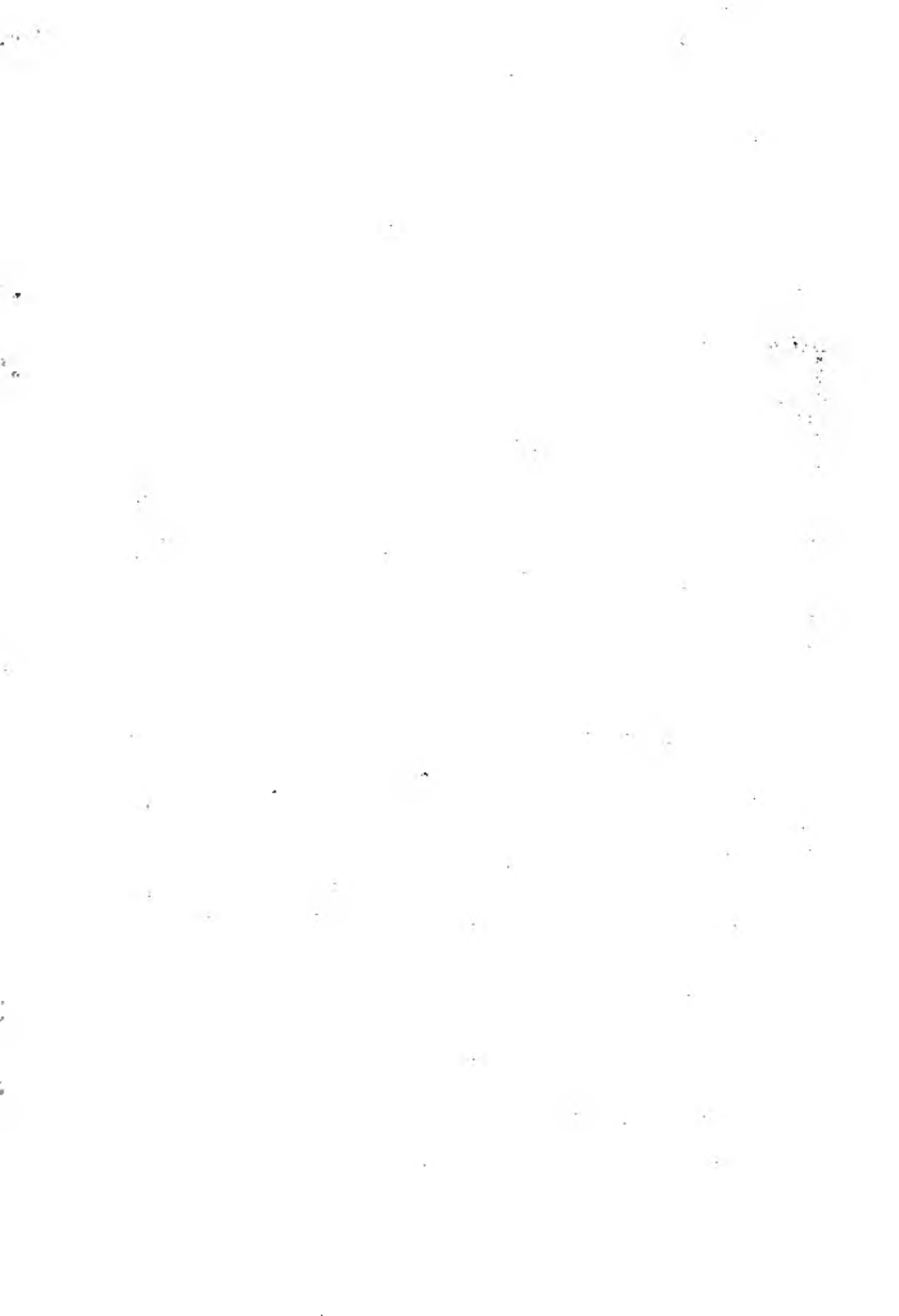
(سورة البقرة من الآية ٢٢)



إهداء

لم يكن من عادتي إهداء بعض ما اكتب ولكن
الرغبة تملكتني أثناء مراجعة هذه الطبعة لإهداء هذا
المؤلف إلى مجلس الدولة المصري مبنى ومعنى وقضاة
عظاماً - السابق منهم واللاحق - الذين اجتهدوا
نظريات القضاء الإداري باقتدار فائق .

المؤلف



مقدمة الطبعة الثانية

تأتى الطبعة الثانية لمؤلفنا فى العقود الإدارية فى وقت تتزايد فيه أهمية هذه العقود بحسبانها وسيلة من وسائل الإدارة فى ممارسة أنشطتها واقتضاء حاجاتها . وهذه الطبعة كسابقاتها تهتم بالمشكلات العملية فى إبرام العقود الإدارية وفى تنفيذها . مستهدفة فى ذلك بالحلول التى يتبناها مجلس الدولة المصرى قضاء وإفتاء فى هذا الصدد . ولذلك فقد ابتعدت هذه الدراسة عن الخوض فى مشكلات نظرية أو الاستطراد فى مساجلات فقهية .

وإذ نقدم هذه الدراسة للمهتمين والدارسين فى هذا المجال فإننا ندعو الله أن تحوز قبولهم ويجدوا فيها ما يرضيهم .

والله ولي التوفيق

المؤلف



مقدمة الطبعة الأولى

من المسلم أن العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين . على أنه إذا كان أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه - كقاعدة عامة - فإن الأمر يختلف كثيراً بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفاً فيه تبرمه باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام مستخدمة في ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف من وراءه إدارة مرفق عام أو تصديره . ومن ثم فإن المشرع حدد نظاماً معيناً للعقد الإداري يحكمه في مراحله المختلفة بدءاً من ضرورة رصد الاعتمادات المالية، ثم قواعد إبرامه ، وبعد ذلك كيفية تنفيذه وتحديد آثاره :

والعقد الإداري يمثل إلى جوار القرار الإداري أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها . فالإدارة تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات إدارية ملزمة للأفراد . يعد القرار الإداري أهم الأساليب التي تلجأ إليها الإدارة لممارسة نشاطها وذلك لسهولة ، وبساطة إجراءاته ، وسرعته في تحقيق رغبات الإدارة .

«على أن ذلك لا ينفي أهمية العقد في مجال القانون العام . فالإدارة لا تستطيع أن تنصرف في أموال الأفراد أو أن تستعين بخدماتهم رخصاً عنهم دائماً وبصورة مطلقة ..»^(١) .

وعلى ذلك فإن العقد الإداري يعد أسلوباً من أساليب ممارسة الإدارة

(١) ثروت بدوي : النظرية العامة في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - ص ٦ .

نشاطها . ولا شك أن هذه الأهمية سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولة نحو سياسة الاقتصاد الحر وانحصار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام في مجالات ضيقة ومحدودة .

«فالانتقال من الاقتصاد التخطيطي إلى اقتصاد السوق سيؤدي إلى زيادة وأهمية العقود التي تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم تجارية ، لأن اقتصاد السوق قائم على التخلي عن الأوامر وأساليب القهر...»^(١)

وإذا كانت للعقود الإدارية هذه الأهمية بحسباتها أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها المتعدد الأوجه ، فإن دراسة العقود الإدارية تؤثر العديد من المسائل التي تتعلق بتحديد العقود الإدارية وبيان نشأتها وإخضاع منازعاتها لقضاء إداري متخصص يختلف عن القضاء العادي ويطبق قواعد مختلفة عن قواعد القانون المدني وهي قواعد القانون الإداري . كما أن عملية تكوين هذه العقود تصبح أكثر أهمية ، وذلك لأنه بقدر استقامة طريقة تكوين العقد وسلامتها فإنه يستطيع أن يحقق أهدافه والتي تصب في النهاية في روافد المصلحة العامة .

ولأهمية عملية تكوين العقد الإداري فإن القوانين المعنية في الدولة تنظم هذه العملية بدءاً من الإجراءات التمهيدية اللازمة قبل التعاقد مثل الإنذار المالي أو الموافقات السابقة وغير ذلك .. مروراً بأساليب التعاقد الإداري كالمناقصة والمزايدة بأنواعها المختلفة والممارسة والاتفاق المباشر وغير ذلك من النظم التي قد ينص عليها القانون . وانتهاء بالتصديق على العقد واعتماده ودخوله في طور التنفيذ .

(١) سعاد الشرقاوي : العقود الإدارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية ص ٢٩٤ .

بل إن أهمية تكوين العقد الإداري تجاوزت القوانين المحلية في الدول المختلفة إلى اهتمام الأمم المتحدة بهذه العملية فقد أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ما يعرف باسم « القانون النموذجي لإستراء السلع والإنشاءات » ويسمى أيضاً بقانون اليونسترال ^(١) .

وفي العقود الكبرى - وأغلب العقود الإدارية عقود كبيرة - يصل الأمر إلى حد الإحالة إلى صيغ معروفة ومدروسة بواسطة فنيين ومهندسين وإقتصاديين ، ولا تكفى فقط الخبرة القانونية ولعل أهم مثال على ذلك عقد الفيديك FIDIC وهو صيغة أعدها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ^(٢) .

Fédération internationale des ingenieurs Conseils

ومما سبق يتضح أهمية عملية تكوين العقود الإدارية وما تتطلبه من حسن إبرام العقد وضرورة اختيار المتعاقد مع الإدارة اختياراً سليماً حتى تتجنب الإدارة إهدار اعتماداتها المالية ، وتعطيل أعمالها ، ودخولها في منازعات قد تستمر فترات طويلة .

وهو أمر يبرر عنايتنا بدراسة هذه الأساليب تفصيلاً من خلال هذا المؤلف .

ثم تأتى بعد ذلك مرحلة تنفيذ العقد الإداري وما يترتب عليه من

(١) نحن لفضل في الحقيقة تسميته مشروع القانون النموذجي .. أو مشروع قانون اليونسترال . إلا أن وثائق إصدار القانون وما يأخذ به الفقه القانوني ولا سيما أسنذة القانون التجاري والقانون الدولي الخاص هو تسميته بالقانون ولا اعتبارات عملية للتعلم بذلك .

(٢) سعد الشرقاوى - المرجع السابق ص ٢٨٨ .

آثار تتعلق بحقوق المتعاقد مع الإدارة وسلطات الإدارة تجاه هذا المتعاقد .
وفي هذا وتلك يتجلى الخلاف بين نظرية العقود الإدارية ومثيلتها في محيط
القانون المدني ، ففي حين يخضع العقد المدني في تنفيذه لمبدأ العقد شريعة
المتعاقدين ، وضرورة احترام ما اتفق عليه الأطراف فإن الأمر في إطار
العقود الإدارية يختلف كثيراً فارتباط هذه العقود بفكرة المرفق العام
وضرورة انتظامه يخضع هذه العقود لنظام قانوني مختلف ، يخول جهة
الإدارة المتعاقدة سلطات أوسع تجاه المتعاقد معها . وفي المقابل يترتب لهذا
المتعاقد كثير من الحقوق حتى يتوازن بها العقد ولا يصبح مغرماً له في كل
الأحوال .

وترتيباً على ما سبق فسوف تكون دراستنا للعقود الإدارية وفق لما

يلي :

الباب الأول : العقود الإدارية في فرنسا ومصر .. الشأ والمفهوم .

الباب الثاني : إبرام لعقود الإدارية .

الباب الثالث : لتحكيم وتأثيراته على العقد الإداري .

الباب الرابع : آثار العقود الإدارية .

الباب الخامس : انتهاء العقود الإدارية .

الباب الأول

العقود الإدارية في فرنسا ومصر

النشأة والمفهوم

الفصل الأول

نشأة العقود الإدارية في فرنسا ومصر

المبحث الأول

نشأة العقود الإدارية في فرنسا

من المسلم أن اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية في فرنسا قد نشأ في بداياته الأولى مقترناً بطروفي تاريخية واكبت قيام الثورة الفرنسية وأدت إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بين السلطات من مقتضاه إخراج المنازعات الإدارية عن اختصاص المحاكم العادية حماية للإدارة من تدخل هذه المحاكم . وانتهى الأمر بإنشاء مجلس الدولة ليختص بالنظر في المنازعات الإدارية .

وفي إطار تحديد اختصاص القضاء الإداري في بداية الأمر سلك المعيار الشكلي والذي يحدد اختصاص هذا القضاء بنظر المنازعات التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها أياً كان موضوعها .

على أن هذا الأمر لم يكن يستمر طويلاً . فقد اتضح أنه يؤدي إلى اختصاص القضاء الإداري بحافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها على الرغم من أن بعض هذه المنازعات يجب خضوعها للقضاء العادي نظراً لغوابة عنصر السلطة فيها . ولذلك كان من المحتم أن يلجأ الفقه والقضاء إلى معيار جديد لتحديد اختصاص القضاء الإداري . ووفقاً لهذا المعيار ومداه كان اختصاص هذا القضاء بالنظر في منازعات العقود الإدارية وذلك على الوجه التالي :

المطلب الأول

التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية وظهور فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون

قام هذا المعيار على فكرة بسيطة تفرق في نطاق أعمال الإدارة بين نوعين من الأعمال: التصرفات التي تستلزم فيها جهة الإدارة سلطاتها وبمقتضاها تستطيع أن تأمر وأن تنهى والثانية هي تلك التصرفات العادية التي تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد وتتعامل معهم بذات الأسلوب الذي يتعاملون به فيما بينهم .

وترتب على الأخذ بهذا المعيار أن العقود الإدارية جميعها تعتبر من أعمال الإدارة العادية ذلك أن هذه العقود لا تتضمن من مظاهر السلطة شيء. على أنه لا يحق ما ترتب على هذا المعيار من نتائج شللة أدت إلى استبعاد العقود الإدارية من نطاق اختصاص القضاء الإداري . وهو ما أدى بالمشروع الفرنسي للتدخل وإصباح الصفة الإدارية لبعض العقود التي تبرمها جهة الإدارة ومن أمثلة ذلك قانون ٢٨ يوليو سنة الثامنة الذي جعل من اختصاص مجالس الأقاليم النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة . وقانون ١٧ يوليو سنة ١٧٨٠ و ٢٦ سبتمبر سنة ١٧٩٣ الحاصص بمقد القرض العام الذي تبرمه الدولة والمرسوم بقانون المصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ الخاص بالعقود التي تتضمن شغلاً للدومين العام .. وعلى ذلك فإن هذه العقود اكتسبت الصفة الإدارية بتحديد القانون .

وقد عمل مجلس الدولة الفرنسي - في إطار توسيع اختصاصاته -

وتعجيباً للأثار التي ترتبت على الأخذ بمعيار التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية إلى حد اختصاصه بالنظر في منازعات عقود أخرى لم تشملها النصوص السابقة وذلك عن طريق القياس أو التوسع في التفسير . فادخل في نطاق عقود طلب المعاونة أو عقود تقديم خدمات قبل تلك التي تتعلق بالإضاعة أو النظافة باعتبار أنها تتضمن عنصر من عناصر عقد الأشغال^(١).

المطلب الثاني

ظهور معيار المرفق العام

ظهرت فكرة المرفق العام ابتداء كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري في حكم وتنفيذ الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٥ في مجال المسؤولية الإدارية غير التعاقدية . وما لبث أن تنقها الفقه والقضاء وأراد لها أن تكون معياراً يحدد اختصاص القضاء الإداري وأساساً يبرر وجود قضاء إداري متخصص في نظر المنازعات الإدارية .

وفي مطلع القرن العشرين ويصدر حكم Terrier والذي خلص فيه إلى أن اختصاص القضاء الإداري إنما يدور وجوداً وعدمياً مع كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام أيما كان نوعه وأياً كانت الوسيلة التي تستخدمها الإدارة في ذلك وبصرف النظر عن كونها عملاً من أعمال السلطة أو عملاً من أعمال الإدارة العادية .

ووفقاً لهذا المعيار كانت العقود الإدارية من اختصاص القضاء

(١) ثروت بدوي - النظرية العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ١٢٨ .

سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة - ص ٣٣ .

الإدارى وفقاً لهذا الحكم ، على أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام لم يكن وحده العامل الحاسم فى تحديد اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات التى تنشأ حوله وإتما ذهب العقوض روميو فى تقريره - سابق الإشارة إليه - إلى أنه يجب أن تلجأ الإدارة فى إبرام عقودها إلى أساليب القانون العام أى تعاقد بوصفها سلطة عامة ، فإن هى فضلت أن تنزل منزلة الأفراد وتعاقد بأسلوبهم فإن العقد يكون مدنياً ولا يجديها فى إصباح الصفة الإدارية عليه مجرد اتصاله بنشاط مرفق عام . وهو ما سوف نعود إليه بشئ من التفصيل عند الحديث عن المعيار المميز للعقد الإدارى .

المبحث الثانى

نشأة العقود الإدارية فى مصر

المطلب الأول

مرحلة القضاء الموحد

ما من شك فى أن فكرة العقود الإدارية ونطورها فى النظام القانونى الفرنسى إنما نشأت فى كنف الارتدواج القضائى وإنشاء قضاء إدارى يختص بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية . إذ أن هذا القضاء هو الذى دأب على العمل على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التى تطبق أمام المحاكم العادية وهو ما ساهم بقليل كبير فى إنشاء القانون الإدارى الذى يعد بطبيعته قانون قضائى . وهو الأمر الذى ينصرف بدوره على نظرية العقود الإدارية .

وعلى ذلك فإن القضاء المصرى قبل إنشاء مجلس الدولة سنة

١٩٤٦ لم يكن يعرف القواعد الإدارية التي تطبق على العقود الإدارية في القضاء الإداري الفرنسي . وكان يطبق على عقود الإدارة القواعد الخاصة التي تنظمها على فرض وجودها . فإن لم يكن ثمة قواعد من هذا النوع فبأنه يطبق عليها قواعد القانون المدني . فعلى خلاف القاضى الإدارى فإن القاضى للمدنى يمنع دالماً بدوره فى تطبيق القانون دون المساهمة فى خلقه وإبداعه عند غياب النص التشريعى .

ومن أهم الأمثلة التي يضر بها الفقه تأييداً لذلك هو رفض القضاء العادى تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي أقرها مجلس الدولة الفرنسى من قبل قفى حكمها بتاريخ ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة على شركة مياه الإسكندرية حقها فى طلب زيادة المقابل الذى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً . وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الإدارة وأن ليس للقضاء أن يعطى على حق الإدارة فى هذا الخصوص لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقيات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها^(١) .

وهو ما أكدته محكمة الإسكندرية المختلطة بقضاء لاحق فى ٦ مايو ١٩٢٦ مقرر أن «القانون المصرى بجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تلحصر فى تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التى تعقد وأن هذه المبادئ تسرى على الامتيازات التى تبرمها الإدارة...»^(٢) .

ومضت المحاكم الأهلية على ذات الدرب والتزمت ما سبق وقررت

(١) مجموعة للتشريع والقضاء المختلفة - السنة ٢٦ ص ٢٨١ .

(٢) الجازيت - السنة ١٦ - ص ٢٥٥ .

المحاكم المختلطة وعندما أرادت محكمة الاستئناف تلمس العدالة وتطبق نظرية الظروف الطارئة ابتداء بما قرره القضاء الإداري في فرنسا وقتت لها محكمة النقض بالمرصاد وألغت قضاءها في ذلك .

فقد تعلق الأمر بمتعاقد مع الإدارة على توريد كمية كبيرة من الشعير في وقت كانت الحكومة تفرض تسعيرة محددة للشعير فما إن شرع المتعهد بتوريد ما اتفق عليه حتى ألغت الحكومة التسعيرة فارتفع سعر الشعير بصورة كبيرة فتوقف عن تنفيذ التزاماته فاشتكت الإدارة على حسابه ورفعت دعوى أمام محكمة أول درجة لتطالبه بفرق الثمن فدفع ذلك بالظروف الطارئة . فرفضت المحكمة دفعه ولما رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف مفررة «انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها العاقدان والتي تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين» .

وعندما اتصلت محكمة النقض بدعوى أصدرت حكمها في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ فألغت حكم محكمة الاستئناف لأنه أخطأ في تأويل القانون يستقريره المساواة بين الطرفين الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتأزم وبين الحادث الجبري الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالته مطلقة . وقدرت أنه «ومن حيث إنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس العدل والعفو والإحسان إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تسبق للشارع إلى ابتداعه فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ..»^(١).

وعلى الرغم من مجافاة هذا القضاء لمنطق العدل وضرورة النظر إلى منازعات العقود الإدارية نظرة مختلفة تستدعي تطبيق قواعد خاصة

(١) المجموعة - حكم رقم ١١٠ - من ٢١٠ .

ومغابرة تلك التي ينظمها القانون على هذه المنازعات . فإن هذا الاتجاه القضائي قد ظل ثابتاً ولم يغير فيه اتجاه بعض أحكام القضاء التي أعلنت عدم رضاها عن ذلك ومنها حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يناير ١٩٣٣ والتي قررت فيه «أنه في حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدي للمنازعات المنولدة عن تلك العقود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتي يمكن استمدادها من المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الإداري ذلك القانون الذي يوجد هنأ في كل دولة متحضرة»^(١).

واستمر الحال كذلك حتى صدر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة . ومن قبله أنشأ المشرع القضاء الإداري بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وبدأت رحلة القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية تتسع رويداً حتى بلغت مداها بصدر دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ ومن بعده قانون مجلس الدولة رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٢ ليصبح المجلس صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية .

المطلب الثاني

مراحل اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية

أ - القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ واستمرار خضوع العقود الإدارية للقضاء العادي :

كان طبيعياً عند إنشاء محكمة القضاء الإداري لأول مرة في مصر بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ أن يأتي اختصاصها على سبيل الحصر .

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة - السنة ٤٥ - ص ١١٤ .

ولم يرد فيه أية إشارة تتعلق بالعقود وظلت المحاكم العادية هي المختصة
بمنزعات العقود الإدارية حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ .

به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ واختصاص القضاء الإداري بمنزعات
العقود الإدارية :

نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على أن
«تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام
والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف
الآخر في العقد .

ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة
عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية . كما يترتب على رفعها إلى المحاكم
العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري . » .

وقد كان هذا التنظيم محل انتقاد في الفقه من نواح ثلاث :

ومن ناحية أولى : أنه حدد اختصاص القضاء الإداري بمنزعات بعض
العقود الإدارية وهي عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد الإدارية وإذا
كانت هذه العقود الثلاثة تعتبر أهم أنواع العقود الإدارية وأكثر العقود
الإدارية تطبيقاً في الواقع العملي إلا أنها ليست كل العقود بطبيعة الحال

ومن ناحية ثانية : من الناحية الموضوعية فإنه في نطاق اختصاص
القضاء الإداري بهذه العقود اقتصر على المنازعات التي تنشأ بين الحكومة
والمستعاقدين معها . أما غيرها من المنازعات فإنها تكون من اختصاص
المحاكم العادية .

ومن ناحية ثالثة : فبان اختصاص القضاء الإداري بنظر هذه

المنازعات لم يكن خالصاً له وحده دون سواه وإنما كان شركة بينه وبين القضاء العادي ، ويرتّب على رفع الدعوى أمام إحدى الجهتين عدم جواز رفعها أمام الجهة الأخرى وهو ما كان يمثل - بلا جدال - شذوذاً في التنظيم القانوني بتعارضه مع فكرة وجود قضاء إداري مستقل بنظر هذه المنازعات وهو الأمر الذي تغير بصور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ .

ج - اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية في ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ .

نصت المادة العاشرة من هذا القانون على أن «يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر» .

وبهذا الصب أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص الوحيد بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية . وهو الأمر الذي أطلق يد هذا القضاء في ابتداع وتطبيق قواعد القانون الإداري على منازعات العقود الإدارية وهي قواعد تختلف عن قواعد القانون المدني التي تطبق على العقود المدنية . وكان في ذلك يستهدى في فضاله باتجاهات مجلس الدولة ائفرتسى واعتبارات العدالة.

على أنه لما كانت الإدارة لا تبرم في كل الأحوال عقوداً إدارية وإنما قد تختار أن تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص حين تجده ملائماً للمصلحة العامة أكثر من غيره وتبرم حينذاك عقوداً مدنية تخضع للقانون المدني . ظلت الحاجة دائماً إلى تحديد المعيار المميز للعقد الإداري وهو ما سوف نبينه في المطلب الثاني .

الفصل الثانى

بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية والبحث عن معيار يميز بينهما

تبرم الإدارة نوعين من العقود ، عقود مدنية وعقود إدارية ، وهذه وتلك ليست سواء فكلهما يخضع لنظام قانونى وقضائى مختلف فالعقود المدنية التى تبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادى ويطبق عليها أحكام القانون المدنى . أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الإدارى ويطبق عليها أحكام القانون الإدارى .

وترتباً على ذلك يلزم ضرورة وجود معيار يحدد متى يكون العقد إدارياً ومتى يكون مدنياً . ولم يكن الاتفاق على هذا المعيار بالأمر السهل فلقد قطع الفقه والقضاء مراحل حتى إستقر على هذا المعيار وهو ما سوف نرصده بمزيد من التفصيل على الوجه التالى :

المبحث الأول

تطور المعيار المميز للعقد الإدارى

يترتب على التمييز فى نطاق العقود التى تبرمها الإدارة بين العقود الإدارية والعقود المدنية نتائج هامة تتعلق بالنظام القانونى الذى يخضع له العقد . فضلاً عن تحديد الجهة التى تختص بالنظر فى المنازعات التى تنشأ عنه .

فنبوت الصفة الإدارية للعقد الذى تبرمه الإدارة يؤدى إلى اختصاص القضاء الإدارى بالنظر فى منازعاته ، ويطبق عليها قواعد

القانون الإداري ، وذلك على خلاف عقود الإدارة المدنية التي لا تختلف عن عقود الأفراد العاديين من حيث خضوعها للقضاء العادي وانطباق قواعد القانون المدني عليها .

ولقد تباينت آراء الفقه واختلفت معها أحكام القضاء عند تحديد المعيار المميز للعقد الإداري فتمت آراء فضلت الاستناد إلى معيار شكلي وأخرى اتصفت بالمعيار الموضوعي في تمييز العقد الإداري . على أن التطور قد بلغ مداه باستقرار الفقه والقضاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا على معيار محدد لتمييز العقود الإدارية يجمع بين عناصر متعددة . على أنه قبل بيان عناصر هذا المعيار تجدر الإشارة إلى فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون ، والتي نشأت في فرنسا .

العقود الإدارية بتحديد القانون ومعيار تمييز العقود الإدارية .

ترتب على الأخذ بمعيار الفارقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية لتحديد اختصاص القضاء الإداري في فرنسا أن اعتبرت العقود الإدارية من اختصاص القضاء العادي . ونظراً لتعدد هذه النتيجة تدخل المشرع الفرنسي للنص على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تنطوق بعقود معينة . مثل عقد الأشغال وعقد الائتزام وعقد القرض العام . وهي ما عرفت في لوائح تحديد اختصاص القضاء الإداري بفكرة العقود الإدارية بتحديد القانون .

ومع الدول عن هذا المعيار أصبح اتجاه المشرع في ذلك غير ذي جدوى ذلك أنه بداءة كان يتناقض مع عمل المشرع . فالأصل أن هذا التحديد ليس من عمل المشرع .

ولا تخفى عيوب فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون في تحديد

اختصاص القضاء الإداري ، الذي يجب أن يرتبط بمدى توافر الصفة الإدارية لهذه العقود . والأمر لا يخرج عن فروض ثلاثة :

الفرض الأول : أن تكون العقود التي حددها المشرع عقوداً إدارية بطبيعتها مثل عقد الاشتغال العامة وعقد الالتزام وفي هذه الحالة فإن هذه العقود وفقاً لطبيعتها وخصائصها الذاتية في كل الأحوال عقوداً إدارية مما يقتضى بالمنازعات التي تدور حولها القضاء الإداري . ويكون تحديد المشرع والحال كذلك تحصيل حاصل وذكر لمفهوم .

الفرض الثاني : وذلك حيث تكون هذه العقود غير إدارية بطبيعتها وإنما يمكن لها أن تكون كذلك في بعض الأحيان حين تنبئ خصائصها الذاتية ذلك . أو تكون عقوداً مدنية في أحوال أخرى . ومثال ذلك عقود التوريد . وفي هذه الحالة يكون تحديد المشرع لهذا العقد واعتباره إداري في كل الأحوال غير قائم على أساس سليم .

الفرض الثالث : أن يكون هذا العقد في كل أحواله عقداً مدنياً ، حتى ولو كانت الإدارة طرفاً فيه مثل عقود بيع أملاك الدولة الخاصة . ويكون اختصاص القضاء الإداري به على خلاف حقيقة العقد وطبيعته .

وعلى النقيض مما جرى في فرنسا ، فإن القوانين المتعاقبة التي حددت اختصاص القضاء الإداري في مصر لم تأخذ بفكرة «العقود الإدارية بتحديد القانون» . وهي منذ القانون ٩ لسنة ١٩٤٩ ترتبط بين اختصاص هذا القضاء وتوافر الصفة الإدارية لهذه العقود . فلقد نصت المادة ٥ من هذا القضاء على أن «تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية ..» .

ومن الملاحظ هنا أن عقود الالتزام والأشغال العامة هي إدارية

بطبيعتها ومن ثم فإن الحاق الصفة الإدارية بها يعتبر تزييداً لا يجوز .
والأمر يختلف عند ذكر عقود التوريد إذ أنها قد تكون إدارية وقد تكون مدنية .
ومن ثم فإن اختصاص القضاء الإداري لا يثبت إلا لعقد التوريد الإداري .

وهو الاتجاه الذي حرص أن يتبعه المشرع في سائر القوانين التالية
والتي حددت اختصاص القضاء الإداري في مصر . بداية من القانون رقم
١٦٥ لسنة ١٩٥٥ حتى القانون الحالي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٢ . والذي
نص في المادة العاشرة منه في الفقرة ١١ على أن « يفصل مجلس الدولة
بجهة قضاء إداري » ١١ - في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو
الاشتغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر » .

وعلى ذلك نأتي أهمية الاستقرار على معيار معين للتمييز بين
العقود الإدارية والعقود المدنية .

المبحث الثاني

عناصر المعيار المميز للعقد الإداري

يكاد العقد والقضاء الإداري يجمع على إصباح الصفة الإدارية على
العقد إذا كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام وتضمن شروطاً
استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص^(١) .

(١) في ذلك راجع : ثروت بدوي : المعيار المميز للعقد الإداري - مجلة إدارة قضايا
الحكومة يناير - مارس ١٩٥٩ ص ١٢٩ ، جمال الدين : المعيار المميز للعقد
الإداري - مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثامنة العدد الثالث يوليو - سبتمبر
١٩٦٤ ص ٦٠ ، عصم حمدي : معيار تمييز العقد الإداري - دار النهضة العربية
١٩٩٣ جورج شفيق ساري : تطور طريقة تمييز وتحديد العقد الإداري - ١٩٩٦

وهو الأمر الذي استقرت عليه أحكام القضاء الإداري منذ بواكير أحكامها . ففي حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن «قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العلم وأحكامه ، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص»^(١) .

وفي حكمها بتاريخ ١٩٥٦/١٢/١٣ ذهبت إلى أن «... العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العلم وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص إلا أنه لما كان من المقرر جواز إبرام عقود بين هيئة إدارية وأفراد أو بين هيئتين إداريتين دون أن يعتبر العقد إدارياً لأن إبرام العقد بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد أو شخص معنوي عام آخر لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً كما أن علاقة العقد بالمرفق العلم إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه هذه الصفة اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العلم إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العلم لما تراه من مصلحتها في الحصول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود

(١) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢ م ١١ ص ٤٩٣ .

الأفراد وعقود القانون الخاص التي تيرمها الإدارة ليس هو صفة التعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة والمساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة في العقد»^(١).

وهو الاتجاه الذي أكدته المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها وحتى الآن^(٢) ففي حكم لها بتاريخ ١٩٨٧/٦/٢١ «أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان

-
- (١) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٥٦ المجموعة ١٠ - ص ١٨٥٥. وأيضاً حكمها في الدعوى رقم ١٣ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ والدعوى رقم ١٩٣ لسنة ١٤ ق جلسة ١١/١٢/١٩٦٠. وحكمها في الدعوى رقم ١٨٩٤ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/٣/١٠. وفي الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦١/٦/٤. وفي الدعوى رقم ٣١٠٩ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢. وفي الدعوى رقم ١٤٦ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٥٦/٣/١١.
- (٢) راجع أحكامها في الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق. جلسة ١٩٦٢/٣/٣١. ص ٧. وفي الطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢١. ص ٧. وفي الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥. وفي الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٧. ص ٩. وفي الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٨. ص ١٣. وفي الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٦٢/٥/١٩. ص ٦. وفي الطعن رقم ١٠١٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٦٢/٥/١٩. ص ٦. وفي الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢. ص ١٠. وفي الطعن رقم ٨١٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٢/٧/٢٠. ص ٨. وفي الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨. ص ٩. وفي الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٦. وفي الطعن رقم ١٣٦١ لسنة ١٠ ق جلسة (-).

أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري بحسب ولايته المحددة . وغنى عن البيان أن الشروط المتقدمة تسرى بالنسبة للعقود الإدارية للمساهمة في القانون باعتبارها كذلك فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس في نصوصه شروط غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإداري»^(١) .

وقد ردت المحكمة الإدارية العليا ذات العناصر في تحديدها لمعيار تمييز العقد الإداري في أحكام كثيرة إذ ذهبت في حكمها بتاريخ ١٩٧٤/١/١٩ إلى أنه «.. ومن حيث أن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص مضمون من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام . وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص»^(٢) .

(=) ١٩٦٨/٢/٢٤ من ١٥ ص ١٨١ . الطعن رقم ١٤٠١ لسنة ١٢ في جلسة ٢/٢٦/١٩٧٢ من ١٥ ص ١٨٥ ، والطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٢٢ في . جلسة ٢/٢٠/١٩٩٠ . الطعن رقم ٢٧٨٢ لسنة ٣٤ في جلسة ١٣/٣/١٩٩٠

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ في الدعوى رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ في . مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية في العقود الإدارية في أوبعين عاماً - ١٩٩٧ ، ص ٩٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٥/١/٢٤ في الطعن رقم ٢١٢٨ لسنة ٣٥ في . مجموعة المبادئ في العقود الإدارية - إصدار مجلس الدولة - المكتب الفني بمناسبة ليوبيل للذهبي لمجلس الدولة - ص ٩٨ .

وهذا الاتجاه في تمييز العقد الإداري أكدته المحكمة الدستورية العليا في أحكامها ، ففي حكمها بتاريخ ١٩/١/١٩٨٠ ذهبت إلى أن (١) «يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو التهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص ...» .

ومن ذلك أيضاً حكمها في الطعن رقم ٧ لسنة ١٦ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٦ والذي جاء به «... العقود الإدارية هي التي يكون أحد أطرافها شخصاً من أشخاص القانون العام يتعاقد بوصفه سلطة عامة في شأن يتصل بتسيير مرفق عام منتهجا في ذلك وسائل القانون العام التي تعتبر الشروط الاستثنائية التي تضمنتها هذه العقود كاشفة عنها ومبلورة لها .

وإذا كان الثابت من الأوراق أن العقد محل النزاع قد أبرم بين المدعى بصفته مديراً للشركة الفنية المحدودة للمقاولات وهي منشأة خاصة وبين شركة النهضة الزراعية وهي إحدى شركات القطاع العام التابعة لوزارة الزراعة واستصلاح الأراضي وكان من المقرر أن شركات القطاع العام لا تعتبر من أشخاص القانون العام بل تظل رغم ملكية الدولة لها شخصاً من أشخاص القانون الخاص وتحفظ الشركة المنقضية خلال مدة التنصيف بشخصيتها الاعتبارية بالقدر اللازم لأعمال التنصيف فإن مقتضى ذلك اعتبار العقد المشار إليه من العقود المدنية التي يحكمها القانون

(١) حكمها بتاريخ ١٩/١/١٩٨٠ - مجموعة أحكام المحكمة - الجزء الأول -

الخاص وبالتالي فإن النزاع في شأن الحقوق والالتزامات المترتبة عليه تدخل في اختصاص القضاء العادي .

وسوف نتناول بمزيد من التفصيل كل عنصر من عناصر المعيار لتمييز للعقد الإداري على الوجه التالي .

المطلب الأول

ضرورة أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

وضروية أن تكون الإدارة طرفاً في العقد أمر يبرره أن قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة ، ومن ثم فإن العقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئات الخاصة لا يعد عقداً إدارياً . وفي ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٨/١/١٩٩٤ إلى أن العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية وهو كون الإدارة طرفاً فيها أمر طبيعي لأن العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً .. «^(١).

وعلى الرغم من وضوح هذا الشرط فإن الأمر يستدعي توضيح بعض المسائل التي تتعلق به كما يلي :

١- أن مفهوم الإدارة التي يستلزم أن تكون طرفاً في العقد الإداري يشمل الأشخاص المعنوية العامة وهي إما أشخاص إقليمية أي تحدد على

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق طعن جلسة ١٨/١/١٩٩٤

- الموسوعة الإدارية الحديثة - للجزء ٤٩ ص ٤٦ .

أساس إقليمي كالدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء^(١) أو أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة أو أشخاص عامة مهنية كالتقابات والتي أعتُرف لها القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر بالشخصية المعنوية .

ويجب أن تستعاهد الجهة الإدارية بهذه الصفة ، فإن تعاقبت باعتبارها ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنياً وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ . حيث قررت « أن كلا العقدين بين كل من وزارة الأوقاف والطاعن وقد تضمننا مادة برقم ٥٦ عنوانها صفة الوزارة يعترف فيها المقاول بأن وزارة الأوقاف إنما تتعاقد معه بصفته ناظرة على الوقف التابع له العملية موضوع التعاقد . كما وقع المقاول على إقرار في نهاية كل عقد يتعهد فيه لوزارة الأوقاف بصفته ناظرة على الوقف التابع له العملية بالتنفيذ على مقتضى شروط العقد ، وكل ذلك ينبري بوضوح أن وزارة الأوقاف لم تتعاقد مع الطاعن بصفته سلطة عامة ، وإنما باعتبارها ساطرة على وقف .

ومن المقرر قانوناً للأوقاف - بموجب المادة ٥٢ من القانون المدني - شخصية اعتبارية ، لا يختلط الناظر عليها أو المستحقين فيها ، وعلى ذلك فإن حقيقة التعاقد واقعة الحال أنه تم بين الوقف - كشخص

(١) تنص المادة ١١ من الدستور المصري على أن « تنقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية هي المحافظات والمدن والقرى ، ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية إذا اقتضت المصلحة ذلك » . لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا في القانون الإداري - دار النهضة العربية .

اعتبارى من أشخاص القانون الخاص وبين الطاعن وبالتالي يتخلف فى شأنه - حتى يعتبر عقداً إدارياً شرط أن يكون أحد طرفى التعاقد من أشخاص القانون العام ويتحسر الاختصاص بشأنه عن القضاء الإدارى . وينعقد الاختصاص لجهة القضاء المدنى المختصة^(١).

٢- أن تحول الجهة الإدارية من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يودى إلى فقدان العقد لأحد العناصر التى تسبغ عليه الصفة الإدارية ويتحول إلى عقد مدنى يخضع لقواعد القانون المدنى ويختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به القضاء العادى . وإلى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا «.. من حيث أنه وإن كان العقد محل النزاع الماثل قد نشأ فى الأصل إدارياً وتوافرت له مقومات العقود إدارية باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصا من أشخاص القانون العام وهى مصلحة المناجم والمحاجر ، وأن العقد لذلك تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت إقامة الدعوى هى شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهى من أشخاص القانون الخاص بلا خلاف فإن العقد وقت رفع الدعوى يكون قد عدا مفقدا لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية»^(٢).

ومرة أخرى تؤكد المحكمة «.. وبناء على ذلك إذا فقد العقد شرطا من الشروط التى يتحقق بتوافرها مناط العقد الإدارى ، صار العقد من عقود القانون الخاص ، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوى عام أو لا

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ٢١٨٤ بتاريخ ٢١/٢/١٩٨٧ مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة فى أربعين عاماً - المرجع السابق - ص ٩٥ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا- الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٣٣ ق طبا - سابق الإشارة إليه.

يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيمياً أو تسييراً أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن يكون خالياً من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص...»^(١).

٣- أنه لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد حتى يكون إدارياً . وبمعنى آخر فإن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا أبرمته الإدارة بوصفها سلطة عامة . أما إذا أبرمت الإدارة عقودها كشخص من أشخاص القانون الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية تخضع لمسطات القانون المدني . ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تنزع عنها .

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحكامها ومن ذلك حكمها بتاريخ ١٩٩٥/١/٨ «... قلعة الإدارى شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإتشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها نه بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة...»^(٢).

ومن أحكامها السابقة في ذلك أنها قضت أن تعاقد وزارة الأوقاف مع مقاول مبانى لا يسيخ على العقد الطابع الإدارى طالما أنها لم تتعاقد

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق عليها جلسة ١٩٩٧/١/٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء ٤٩ - ص ٥٤ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق عليها - جلسة ١٩٩٥/١٨ - الموسوعة الإدارية الحديثة - ج ٤٩ ص ٦٠ .

كسلطة عامة وإنما بوصفها ناظرة على وقف . أي كشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص»^(١) .

٤- يكون للعقد إداري إذا أبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص مغنوى عام . ففي مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكيلًا عن الإدارة يتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها في إبرام العقد . وقد تكون هذه الوكالة ظاهرة جلية تنص عليها نصوص العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه^(٢) وفي إطار ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي باعتبار العقد الذي أبرمته إحدى الجمعيات التعاونية للبناء مع أحد المقاولين لبناء كنيسة إداريًّا لأنه تم لحساب إحدى البلديات^(٣) . والأمر نفسه بالنسبة للعقد الذي أبرمته هيئة خاصة لتنشيط السباحة مع أحد مكاتب السياحة لإدارة أحد الشواطئ العامة^(٤) .

وعلى ذلك أيضا استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت «من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحس أن يعتبر من العقود الإدارية . ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة إلا أنه من المقرر أنه متى استتب أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٧/٢/٢١ مجموعة المبادئ - سنة ٢٢ - ص ٨٥٢ .

(٢) في ذلك راجع : مصطفى عبد المصنود سليم : الوكالة في إبرام العقد - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية - ص ٢٨ .

(٣) C.E 2 juin 1961 , Jeduc Rec. p. 365 .

(٤) C.E 18 Decembre 1936 prade, Rec. 1124 .

الإدارة ومصلحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري . ومن ثم فإنه متى كان الثابت مما تقدم أن شركة شل في العقدين موضوع النزاع قد تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة وكان لا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفي أنهما أتبعتا فيهما وسائل القانون العام ، متى كان الأمر كذلك ، فإن العقدين المشار إليهما على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية^(١).

ومن ذلك أيضا حكمها في ١٩٨٠/٦/٢١^(٢) حيث أن الكازينو محل المنازعة مقام في منطقة الشاطئ المعتبرة من المنافع العامة والمقصود حق استغلالها على الشركة الطاعنة ، ومن ثم يكون التصريح للمطعمون ضده بالانتفاع بالكازينو المذكور قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة تستوافر في هذا التصريح مقومات العقد الإداري باعتباره صادراً من جهة نائبة عن الدولة ولكونه متصلاً بنشاط مرفق الشاطئ ، ولأنه قد تضمن شروطاً غير مأثومة في نطاق القانون الخاص .

المطلب الثاني

أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام

العنصر الثاني المميز للعقد الإداري هو اتصاله بنشاط مرفق عام . ويعرف المرفق العام من ناحيتين . فهو من الناحية الشكلية يعنى الهيئة أو

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق - جلسة ١٩٦٤/٣/٧ -

للمرسوعة الإدارية الحديثة - ج ١٨ - ص ٦٨٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم لسنة ١٩٨٠/٦/٢١ -

المنظمة التي تمارس النشاط ، وهو من الناحية الموضوعية يعنى الخدمة أو للنشاط لذى يشبع حاجة جماعية .

وفكرة المرفق العام هي التي بررت وجود قواعد قانونية متميزة تطبق في المجال الإداري . ذلك أن مقتضيات سير المرفق العامة هي وحدها التي تبرر ما تضمنه القانون الإداري من خروج على الملوف في القانون الخاص وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم»^(١).

وترتيباً على ذلك لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لكي يسبغ عليه الصفة الإدارية ، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام كأن يتصل الأمر بإنشاء مرفق عام كعقد الأشغال العامة أو يتصل بتنظيمه وإدارته ك عقود الالتزام وقد يتصل العقد بتسيير المرفق وضمان انظمامه كعقود التوريد .

وصلة العقد بنشاط المرفق العام وإن كانت ضرورية لتوافر الصفة الإدارية له إلا أنها غير كافية . وهو الأمر الذي استقر عليه القضاء الإداري في مصر منذ بواكير أحكامه .

ففي حكمها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٦ ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى « .. وإنما تتمتع العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن صلة العقد بالمرفق العام وإن كانت شرطاً لازماً فإنها ليست كافية »^(٢).

(١) سنيان الطماوي : الأسس العامة - المرجع السابق - ص ٧٤ .

(٢) محكمة القضاء الإداري في القضية ٧٨٠ لسنة ٥٢ بتاريخ ١٢/١٢/١٩٥٦ .

وهو الأمر الذى أكدته المحكمة الإدارية العليا فى قضائها ذون إنقطاع ، ومن ذلك ما ذهبت إليه حكم لها فى ١٨/١/١٩٩٥ « ومن حيث أن العقد الإدارى على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العقد الذى تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة ، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام »^(١).

المطلب الثالث

أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية

أولاً - مفهوم الشروط الاستثنائية .

بعد احتواء العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى عقود الأفراد فى نطاق القانون الخاص هو العنصر الحاسم فى تمييز العقد الإدارى عن العقد المدنى وظل هذا العنصر هو الشرط الفاصل فى تمييز العقد الإدارى فى مصر منذ اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات العقود الإدارية ولم يتأثر هذا القضاء بالتطورات التى أصابت قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص والتى أصبح يكتفى فى تحديد معيار تمييز العقد الإدارى بمجرد اتصاله بنشاط المرفق العام . وهو الأمر الذى أدى إلى توسيع وتطوير فكرة العقد الإدارى فى فرنسا^(٢) .

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٢٥ ق عليها جلسة ١٩٩٥/١/٨ - تمسوعة الإدارية الحديثة - الجزء ٤٩ ص ٥٨ .

(٢) فى تفصيل ذلك راجع جورج شفيق سارى نظير طريقة ومهيار تمييز وتحديد العقد الإدارى فى القانون المصرى والفرنسى - دار النهضة العربية ص ١٠٠ .

يعلى عكس اتجاه القضاء الإدارى المصرى الذى ظل لم يفرط أبداً فى أهمية للشروط الاستثنائية باعتبارها أساس وجوه تمييز العقد الإدارى. وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ٢٠/٣/١٩٦٤ سابق الإشارة إليه « .. وأنه من المسمم به فى فقه القانون الإدارى أن اختصار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل فى تمييز العقود الإدارية ، ذلك أن اتصال العقد الذى تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لى يصبح العقد إدارياً فإنه لا يكفى بذاته لى يضى على العقد تلك الصفة وبهذه المثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية .

وعلى ذلك لا يكفى أن تكون لإدارة طرف فى العقد لى يكون إدارياً حتى ولو تعلق الأمر بنشاط مرفق عام بل يجب أن يحتوى العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص . ولا نقالى فى القول إن أكدنا أهمية هذا العنصر باعتباره العنصر الحاسم فى تبيان طبيعة العقد^(١).

وهو الأمر الذى أكدته أحكام القضاء الإدارى وما برحت تسير عليه. ففى حكمها بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ قضت محكمة القضاء الإدارى بأنه «.. كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لى يعتبر العقد إدارياً فإنه لىست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة اعتباراً بأن القانون العام لىست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ فى إبرامه إلى أسلوب

(١) يذهب جانب من الفقه إلى كفاية احتواء العقد للشروط الاستثنائية غير المألوفة لإصباح الصفة الإدارية عليه . وهو اتجاه يخالف ما استقر عليه القضاء الإدارى سواء فى مصر أو فى فرنسا فى تصنيف هذا الرأى : راجع : ثروت بنوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٨٠ وما بعدها .

القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص ، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة . ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تديرها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد ، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور .. مشتركا في ذلك وعلى درجة متميزة مع الشروط الامتثالية غير المألوفة في العقد ...»^(١).

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا في أحكامها إذ قررت «.. ومن حيث أن البين من ظاهر الأوراق أن العقود الحالية التي أبرمتها وزارة السياحة مع الطاعنين على تأجير محلات بمنطقة الأقصر قد تضمنت في البند السادس عشر التزام المستأجرين باتباع التعليمات المنظمة لمواعيد فتح وغلق المحال العامة وكذلك الفواتين واللوائح المعمول بها في هذه المنطقة والتي تحددها الجهات المختصة والمتعلقة أعمالها بالإشراف على مثل هذه المحلات ، كما تضمن البند السابع عشر على أنه يجوز لوزارة السياحة فسخ العقد دون اعتراض من المستأجرين مع حفظ حقها في التعويض وذلك للأسباب التي ترى فيها لوزارة ذلك ويتم الفسخ بموجب مقرر موصى عليه دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء قانوني آخر ومثل هذه الشروط إنما هي شروط غير مألوفة في القانون الخاص ومن ثم كون العقد المذكور قد تكاملت فيه العناصر الثلاثة .. باعتباره عقدا إداريا»^(٢).

وفي حكم آخر ذهبت إلى أن « .. وقد تضمن هذا العقد بعض

(١) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ سابق الإشارة إليه .

(٢) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ في عليا جلسة ١٩٩٥/١/٨

الموسوعة - الجزء ٤٩ ص ٥٩ .

مظاهر السلطة العامة حيث تضمن البند خالصاً على حق الإدارة في، فسخ العقد واستعادة القرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار كما تضمن البند الحادى عشر على تعهد المطعون ضده بتسليم القرن وكافة محتوياته بالحالة التى تسلمها وبما يكون قد أدخل عليه من تحسينات ومرافق وافق عليها الطرف الأول عقب انتهاء مدة الإيجار أو استرداد القرن - لأى سبب من الأسباب - ومن ثم فإن التكيف القانونى لهذا العقد أنه عقد إدارى باستغلال القرن المملوك لإحدى الجهات الإدارية ..»^(١).

وعلى ذلك فإن تخلف هذا الشرط يعنى أن الصفة الإدارية تنسحب عن هذا العقد وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها ١١/٢/١٩٨٤ . أن العقد الذى قدمته جهة الإدارة ، أيا كان الرأى فى مدى صحة هذا العقد ، لا ينطوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص ويمكن أن تضفى عليه بالناسى صفة العقد الإدارى ، فالنص على أن يكون تحصيل الإيجار بطريق الحصم من المرتب لابد أن يكون تسهيلاً لاستدعاء الإيجار من الطاعن باعتباره من العاملين فى محافظة البحر الأحمر كما أن النص على إخلاء المساكن عند نقل الطاعن إلى خارج المحافظة أو داخلها لا يعدو أن يكون تردداً للحكم الوارد فى المادة ٧ فقرة ٢ من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع المساكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر هذا إلى أن النص على حق المؤجر فى فسخ العقد عند إخلاله بأى شرط من شروط العقد هو حكم مألوف فى عقود الإيجار المدنية يجرى إعماله ما لم ينص القانون على أحكام أخرى على

(١) المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٤١ قى علما - جلسة ٢٥/٢/

١٩٩٧ - الموسوعة - الجزء ٤٩ ص ٦٢ .

خلاف ما هو منصوص عليه في العقد . ومن كل ما تقدم فإن عقد إيجار العين موضوع المنازعة وقد خلت نصوصه من أية أحكام استثنائية يمكن القول معها بتوافر صفة العقد الإداري فيه . على التفصيل السابق بيانه ، لابد وأن يكون عقداً مدنياً ومن ثم ينأى عن الاختصاص الولائي لمحاكم مجلس الدولة .

وجود الشروط غير المألوفة في العقد الإداري إنما يهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة . كما قلنا لا تعني تعسف الإدارة في استعمال هذه الشروط وإنما هي تستخدمها بالقدر الذي يحقق هذا الغرض وهو ما قضت به المحكمة الإدارية في حكمها بتاريخ ١٢/٥/١٩٦١ « .. ومن المسلم به أن العقد الإداري يتميز ضمن ما يتميز به احتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة ، ومن ثم فإن النـد لدى يخول الإدارة الحق في توقيع العقوبات على المخالف - حائر قانون - والقول بأنه يطلق يد الإدارة في توقيع الغرامة التي تفرضها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن استعمال الإدارة حقها المخول لها في هذا البلد من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف^(١).

بل إن المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ - في حكم هام لها ذهبت إلى أن العقد إذا تضمن شروطاً غير مألوفة فإنه يعد عقداً إدارياً حتى ولو تعلّق الأمر بمشروع خاص - للجهة الإدارية إذ ذهبت في هذا الحكم بتاريخ ١٩٩٧/١/٢ إلى أنه «ومن حيث أنه في ضوء ما تقدم

(١) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٢ بتاريخ ١٣/٥/١٩٦١ - المرجع

وإذ كان الثابت من الأوراق في الطعن المائل أنه بتاريخ ١٧/٥/١٩٨٢ أصدر محافظ البحر الأحمر قراره رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٢ باعتبار مشروع مركز الغردقة السياحي الجديد مشروعاً خاصاً من مشروعات المحافظة ... ومن حيث أنه باستعراض بنود العقود التي أبرمتها محافظة البحر الأحمر في هذا الشأن تبين أن المحافظة وهي شخص معنوي عام تعاقبت مع الغير بشأن إنشاء قرى سياحية علاجية على الأراضي القضاء المملوكة لها ملكية خاصة والتي يضمها المركز السياحي الجديد وصولاً إلى الهدف الذي قام العقد لتحقيقه وهو انتعاش السياحة العلاجية وامتصاصها في إصلاح الاقتصاد القومي للبلاد كما أن هذه العقود احتوت على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص يتمثل أولهما : فيما قضى به من اشتراط أن تكون المشاريع المراد إقامتها في المركز السياحي الجديد مشاريع للقرى السياحية العلاجية ومثل هذا الشرط غير مألوف في عقود القانون الخاص التي تعطى للمشتري الحق في التصرف في الأرض محل التعاقد بجميع أنواع التصرفات الجائزة قانوناً .. أما لشرط الاستثنائي الثاني فقد نص صراحة على التزام المتعاقد بإقامة مشروع القرية السياحية العلاجية خلال مدة محددة هي ثلاث سنوات الأمر الذي يكشف عن نية جهة الإدارة في الأخذ بأسنوب القانون العام . بل أن هذه الشروط الاستثنائية لاستغلال شواطئ البحر الأحمر والشرط السلطي لمركز الغردقة السياحي الجديد ...»^(١) .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - دائرة توحيد المبادئ - بجلسته ١٩٩٧/١/٢ - في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق - محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية - المرجع السابق - الكتاب الأول - ص ٤٠ وما بعدها .

ثانياً . أهم صور الشروط الاستثنائية :

ثم يعن القضاء الإداري في فرنسا أو مصر بحصر أو تحديد صور الشروط الاستثنائية ، وإنما كان يكتفى بتقرير لحتواء العقد لها وهي في الأساس تكون شروطاً غير متعارف عليها في العقود التي تخضع للقانون الخاص .

إذ أن هذه العقود الأخيرة يبرمها الأفراد وهم على قدم المساواة ونظراً لأن هذه الشروط لا تخضع لحصر فإن القاضي ينظر في العقد ويتفحص شروطه ثم يقرر بعد ذلك إن كان العقد يتضمن شروطاً غير مألوفة أم لا .. في ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٥ / ١١ / ١٩٩٢ أنه « .. ومن حيث أنه يبين من الإطلاع على العقد السالف بيانه أن جهة الإدارة خصت مورث المطعون ضده بجزء من الأموال العامة لاستفاعة الخاص مقابل مبلغ معين بشروط معينة تخرج عن نطاق القواعد المنورة في القانون الخاص خاصة ما يتعلق منها بالأسعار التي تحددها جهة الإدارة أو في تحديد نوع الكموات المستعملة والملابس التي يستعملها عماله أو ما يقدمه من خدمات أو في طبيعة المنشآت التي يقيمها أو في فسخ العقد بغير اتخاذ أي إجراء في حالة مخالفة المتعاقد مع الإدارة لأي من أحكامه وبذلك فإن هذا العقد عقد إداري ، على أنه نظراً لأهمية هذه الشروط في تمييز العقد الإداري فقد عمد كثير من الفقه إلى محاولة تحديد صور هذه الشروط وردوها إلى قسمين^(١) :

الأول : شروط لها طابع السلطة العامة : أي تشمل على عنصر من عناصرها أو امتياز من امتيازاتها وبطبيعة الحال ليست كل هذه الشروط في

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٧٨ بتاريخ ١١/٣/١٩٨٤ مجموعة

المبادئ في أربعين عاماً - المرجع السابق - ص ٩٨

صالح جهة الإدارة فمنها ما يقرر للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها مثل التنفيذ المباشر ومنها ما يرتب التزامات على عاتق الإدارة لمصلحة المتعاقد معها مثل تحويل الملتزم سلطة نزع الملكية لإقامة منشآت المرافق العامة أو منحه سلطات بوليسية تجاه المنفعين بخدمات المرفق^(١).

أما الثاني : فهو وظيفة هي للشرط ترتبط بمبادئ القانون العام وغير مألوفة في مجال القانون الخاص من ذلك الخصوص التي تعطى للإدارة الحق في تعديل شروط العقد سواء أكان ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها زيادة أو نقصان أم تعديل في الأثمان أو في مدة العقد . فكل هذه الشروط وغيرها غير مألوفة في نطاق تعاقبات الأفراد في ظل القانون الخاص والتي يحكمها بصورة صارمة مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين .

تخلص من جماع ما سبق : أن معيار تمييز العقد الإداري ينهض على عناصر ثلاثة : أن تكون الإدارة طرفاً فيه ، وأن يتصل بمرفق عام سواء في إنشائه أو تسييره أو تنظيمه . وأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في إطار القانون الخاص . وإذا كان بعض الفقه قد أراد أن يجعل من بعض هذه العناصر المعيار الأساسي مستبعداً الآخر ، فإن القضاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا لم يساير هذه الاتجاهات وما برح في أحكامه يؤكد على ضرورة اجتماع هذه العناصر الثلاثة مجتمعة حتى يكون العقد إدارياً .

(١) هي تفصيل ذلك راجع : ثروت بدوي - النظرية العامة - المراجع السابق - سليمان الضماوي : الأسس العامة - المراجع السابق ص ٩٣ .



الفصل الثالث

مركز المتعاقدين في العقد الإداري

بين النظرية التقليدية وضرورات التطور

تزداد أهمية نظرية العقود الإدارية في العصر الحديث نظراً لاتجاه الدولة إلى الخصخصة ونظام الاقتصاد الحر وذلك من ناحيتين : الأولى تتمثل في أن بعض هذه العقود تمثل أسلوباً لعملية الخصخصة مثل عقد الالتزام المرافق العامة بصورة مختلفة والمتطورة^(١) . والثانية في زيادة الطلب على العقود الإدارية نظراً لأن الدولة سوف تلجأ إليها للوفاء باحتياجات المرافق العامة .

هذه الأهمية تبرز ضرورة مراجعة الاطر التشريعية والقضائية لنظرية العقود الإدارية في مصر حتى تستطيع أن تلاحق هذه التطورات التي تحدث على أرض الواقع . وحتى تظل العقود الإدارية - سواء ما كان منها إطاراً للخصخصة كعقد الالتزام أو أسلوباً للوفاء باحتياجات الإدارة - وسيلة فعالة وآمنة ضد الإضرار بالعمال العام أو استقلاله .

وإذا كان منطق نظرية العقود الإدارية يقتضي ضرورة التسليم بمركز متميز لجهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها تحقيقاً للمصلحة العامة . فإنه يبقى ضرورة أن يعترف للمتعاقد مع الإدارة بحقوق وميزات تعادل هذا المركز المتميز للجهة الإدارية المتعاقدة .

(١) في ذلك راجع : سعاد الشرقاوى - نظلة حضارية بأساليب متنوعة لتحرير الاقتصاد - مقال - جريدة الأهرام - بتاريخ ١٩/٧/١٩٩٤ - صفحة قضايا وآراء .

وإذا كان الإطار التشريعى للعقود الإدارية فى مصر بدأ يتطور - كما حدث بصور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فى جواز التحكم فى العقود الإدارية ، والقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات العامة والتعديلات المتعددة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ بشأن عقد الالتزام استجابة لهذه الدواعى - فإن الاجتهاد القضائى فى نظرية العقود الإدارية مازال ينسم بالجمود .

وفى هذا الفصل نرصد مظاهر هذا الجمود وما ترتب عليه من اختلال ظاهر فى مركز المتعاقدين فى العقد الإدارى وذلك فى مبحثين متتاليين :

المبحث الأول : جمود الاتجاهات القضائية فى نظرية العقود الإدارية.

المبحث الثانى : مظهر اختلال التوازن بين المتعاقدين فى العقد الإدارى .
وذئ على الوجه التالى :

المبحث الأول

جمود الاتجاهات القضائية فى نظرية العقود الإدارية

من الملاحظ أن أحكام القضاء الإدارى المصرى فى ممارعات العقود الإدارية تتميز بالتثبات وعدم التطور . وعلى الرغم من تغير الظروف الاقتصادية ، فإن المبادئ التى قررها مجلس الدولة للمصرى فى منازعات العقود الإدارية مازالت ثابتة عند بداياتها الأولى ، وهى فى غالبيتها تتركب بالمتعاقدين مع الإدارة وتفترض فيه فى أغلب الأحوال سوء النية .

ومن الملاحظ أيضاً أن أحكام محكمة القضاء الإدارى التى صدرت

ففي منتصف القرن العشرين هي مصدر جل المبادئ التي تحكم العقود الإدارية .

وبذا كانت مساوئ هذا الجمود لم تتضح في الوقت الذي زاد فيه تدخل الدولة في المجال الاقتصادي ، والذي قُلت معه الأهمية العملية لنظرية العقود الإدارية وهو ما عبر عنه البعض بقوله « ... المركز الخاص الذي تشغله الأجهزة الإدارية التي تتولى مباشرة النشاط التجاري والصناعي والزراعي والمالي باسم النظام الاشتراكي ، يثير التساؤل عن مدى الحاجة لتطبيق نظرية العقود الإدارية بمبادئها وأحكامها على الروابط التي تنشأ في الدولة ممثلة في الوزارات والمصالح وبين المؤسسات العامة وما يتسبعا من شركات أو بين المؤسسات العامة أو بين الشركات العامة التي تتبع المؤسسات العامة في كل ما يتعلق بتنفيذ المشروعات العامة أو توريد الحاجات العامة للوزارات والمؤسسات والهيئات العامة ، ووحدات الإدارة المحلية » .

ثم يخلص هذا الرأي إلى « أن تطبيق نظرية العقود الإدارية في مجال التعاون بين أجهزة القطاع العام ، لم يعد له في ظل النظام الاشتراكي نفس الأهمية التي كانت له من قبل .. بل إنه يمكن القول : إنه لم تعد ثمة حاجة لتطبيق نظرية العقد الإداري في هذا المجال »^(١) .

فإن هذا الجمود قد أصبح يمثل خطراً كبيراً على نظرية العقود الإدارية - بصفة خاصة - وعلى مبادئ القانون الإداري بصفة عامة . ومرد ذلك بطبيعة الحال إلى ما يتميز به القانون الإداري من أنه قانون

(١) محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري في ظل النظام الاشتراكي لديمقراطي التعاون

قضائى . وهو ما يعنى أن أحكام القضاء الإدارى تمثل رافداً أساسياً من روافد تطوير وصياغة القانون الإدارى .

فالقاضى الإدارى «لا يكتف دوراً عند مجرد تطبيق النصوص بطريقة آلية محضة . ولكنه يتمتع بقدر من الحرية فى تفسير النصوص التشريعية ، وتحديد مدى انطباقها على الحالة المعروضة أمامه ، وتحليل عناصر هذه الحالة تحليلاً واقعياً وقانونياً . كما أن القواعد القانونية تكون عادة على قدر من الصومية والتجريد يسمح للقاضى بممارسة مهمته بطريقة تقديرية إلى حد كبير»^(١) .

وعلى الرغم من أن القضاء لا يعد مصدراً رسمياً للقانون فى مصر حيث لا يأخذ النظام القانونى المصرى بفكرة نظام السوابق القضائية. فإن القضاء يكون هو المصدر الوحيد للقاعدة القانونية فى حالة عدم وجود نص تشريعى يحكم المنازعة المعروضة على القاضى الإدارى فهو فى هذه الحالة ملزم بأن يبتدع قاعدة قانونية تفصل فى النزاع .

وإذا كان العقد الإدارى يعد أسلوباً مهماً من أساليب ممارسة الإدارة لنشاطها ، فإن هذه الأهمية - ولا شك - سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولة نحو سياسة الخصخصة والحصار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو مصر نشاط القطاع العام فى مجالات ضيقة ومحدودة .

للاستقال من « .. اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدى إلى زيادة وأهمية العقود التى تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم

(١) ثروت بنوى : القانون الإدارى - ١٩٧٤ - دار النهضة العربية - ص ١٠٣ ،

تجارية ، لأن اقتصاد السوق قائم على التخلي عن الأوامر وأساليب القهر ... »^(١) .

هذا التحول إلى الاقتصاد الحر أدى إلى زيادة اللجوء إلى نظرية العقود الإدارية ، مما نتج عنه استحداث صور جديدة لهذه العقود ومنها عقود البوت . فضلاً عن استحداث آليات جديدة لنقض المنازعات التى تثور حول هذه العقود مثل التحكيم أو التوفيق أو الوساطة وهو ما أدى إلى إحساس اختصاص القضاء الإدارى بنظر منازعات كانت تدخل فى اختصاصه، ومنها - إن لم يكن أهمها - منازعات العقود الإدارية .

وقد كان لهذا الجمود الذى أصاب الاجتهاد القضائى بخصوص العقود الإدارية فى مصر أثره فى نشوء هذه الآليات القانونية أو بالأحرى زيادة لطلب عليها . ولا شك فى أن هذه الآليات القانونية - لا سيما التحكيم وعقود البوت - لها أهميتها وضرورتها ، ولكن يبقى مدى الاستفادة منها بصورة جيدة متوقفة على مدى استخدامها فى موضعها الصحيح . ومن الملاحظ إندفاع النظم القانونى المصرى نحو هذه الوسائل بصورة تنذر بخطر شديد ، ولعل أهم مظاهر هذا الاندفاع إبرام مثل هذه العقود مع الإحجام عن إصدار تشريع ينظم هذه العقود ويحد من مخاطرها ويعظم من فوائدها^(٢) .

(١) سبتلا الشرفاوى : العقود الإدارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية - ص ٢٩٤ .

(٢) الأمر الذى دعا رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فى مشروعات B.O.T بضرورة وضع ضوابط لهذه العقود . تصريحات الرئيس لرؤساء تحرير الصحف المصرية أثناء عديده من الكويت والإمارات . انظر الأوامر - الصفحة الأولى العدد رقم - ٤١٩٧٩ لسنة ١٢٦ - الصفحة الأولى بتاريخ (٣)

وإذا كانت نظرية العقود الإدارية وتطورها في النظام القانوني الفرنسي إنما نشأت في كنف الإزدواج القضائي ، وإنشاء قضاء إداري يختص بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية . فإن هذا القضاء هو الذي دأب على العمل على تطبيق قواعد خاصة مختلفة عن تلك التي تطبق أمام المحاكم العادية ، وهو ما ساهم بل قد كبر في إنشاء القانون الإداري الذي يعد بطبيعته قانون قضائي . وهو الأمر الذي ينصرف بدوره على نظرية العقود الإدارية .

وعلى ذلك فإن القضاء المصري قبل إنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ لم يكن يعرف القواعد الإدارية التي تطبق على العقود الإدارية في القضاء الإداري الفرنسي . وكان يطبق على عقود الإدارة القواعد الخاصة التي تنظمها على فرض وجودها . فإن لم يكن ثمة قواعد من هذا النوع فإنه يطبق عليها قواعد القانون المدني . فعلى خلاف القاضي الإداري فإن القاضي المدني يفسع دائما بدوره في تطبيق القانون دون المساهمة في خلقه وابتداعه عند غياب النص التشريعي .

ومن أهم الأمثلة التي يضربها الفقه تأييداً لذلك هو رفض القضاء العادي تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، والتي أقرها مجلس الدولة الفرنسي من قبل . ففي حكمها بتاريخ ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاستئناف المختصة على شركة مياه الإسكندرية حقها في طلب زيادة المقابل الذي تنقاضه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً ، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودي مع الإدارة وأن

(-) ٢٠١١/١١/١٢ . وأعاد التحذير مرة أخرى - بمناسبة افتتاح كوبري الفردان

- الأهرام بتاريخ ٢٠١١/١١/١٥ - ص ٢ .

ليس للقضاء أن يعتدى على حق الإدارة في هذا الخصوص ، لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقيات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل في شروطها^(١) .

وهو ما أكدته محكمة الاسكندرية المختلطة بقضاء لاحق في ٦ مايو ١٩٢٦ مقرر أن « القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة ، وأن مهمة المحاكم تلتزم في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التى تعقد بحرية وأن هذه المبادئ تسرى على لامتيازات التى تبرمها الإدارة .. »^(٢) .

ومضت المحاكم الأهلية على هذا الدرب والتزمت ما سبق وقررت المحاكم المختلطة وعندما أرادت محكمة الاستئناف تلمس للعدالة وتطبيق نظرية الظروف الطارئة امتداع بما قرره القضاء الإدارى فى فرنسا وفت لها محكمة النقض بالمرصاد وألغت قضاءها فى ذلك .

فقد تعلق الأمر بمتعاقد مع الإدارة على توريد كمية كبيرة من التسعير فى وقت كانت الحكومة تفرص تسعيرة محددة للتسعير فما إن شرع المستعهد بتوريد ما اتفق عليه حتى ألغت الحكومة التسعيرة فارتفع سعر التسعير بصورة كبيرة فتوقف عن تنفيذ التزاماته فاضترت الإدارة على حسابه ورفعت الدعوى أمام محكمة أول درجة لتطالبه بفرق الثمن فدفع ذلك بالظروف الطارئة . فرفضت المحكمة دفعه ، ولما رفع الأمر إلى محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف مقرر « انقضاء الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين » .

(١) مجموعة التشريعات والقضاء المختلطة - السنة ٢٦ - ص ٢٨٩ .

(٢) الجاريت - السنة ١٦ - ص ٢٥٥ .

وعندما اتصلت محكمة النقض بالدعوى أصدرت حكمها في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ فألغت حكم الاستئناف ؛ لأنه أخطأ في تأويل القانون بتقرير المساواة بين الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمتزام وبين الحادث الجبرى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة » . وقررت أنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس العدل والعمو والإحسان إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها فيكون عليها هى وضعها وتبين الظروف الواجب تطبيقها فيها .. «^(١) .

وعلى الرغم من مجافاة هذا القضاء لمنطق العدل وضرورة النظر إلى منازعات العقود الإدارية نظرة مختلفة تمتدعى تطبيق قواعد خاصة ومغايرة لتلك التى ينظمها القانون المدنى على هذه المنازعات . فإن هذا التجرد القضائى قد ظل ثابتا ولم يغير فيه اتجاه بعض الأحكام للإعلان عن عدم رضاها عن ذلك ، ومنها حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ يناير ١٩٣٣ والذى قررت فيه » . أنه فى حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدى للمنازعات المستولدة عن تلك العقود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتى يمكن استمدادها من المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون الإدارى ذلك القانون الذى يوجد حتما فى كل دولة متحضرة »^(٢) .

ويتضح مما سبق أن الدواعى التى أدت إلى قيام قضاء إدارى منخصص بالنظر فى المنازعات الإدارية - ومنها العقود الإدارية - أمر

(١) المجموعة - حكم رقم ١١٠ - ص ٢١٠ .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة - السنة ٤٥ - ص ١١٤ .

تستدعيه قواعد العدالة . ولم يكن لبدأ بقصد محاكاة جهة الإدارة على حساب المتعاقد معها . فتوازن التزامات المتعاقد مع الإدارة هو الضمان الأساسي لنجاح العقد الإداري . وهو الأمر الذي سعت إليه نظرية التوازن المالي في العقد الإداري . والتي شادها القضاء الإداري في فرنسا وأخذ بها بعد ذلك القضاء الإداري المصري . وإذا كان القضاء الإداري في فرنسا لم يفقد قدرته على التطور مواكبة للتطورات الاقتصادية والسياسية في المجتمع . فإن القضاء الإداري المصري لا سيما فيما يتعلق بالعقود الإدارية لم يبارح قضاءه الذي صدر منذ بواكير أحكامه في الخمسينات من القرن الماضي .

وهو الأمر الذي يخالف اتجاهات قضاء المجلس في موضوعات أخرى كالتحريات أو القرارات الخاصة بالموظفين . انتهى تميز قضاؤه فيها بالتطور وملاحقة التغييرات السياسية والاقتصادية في المجتمع .

المبحث الثاني

مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في العقد الإداري

قلنا في سبق ، إن الاتجاه إلى الخصخصة والنظام الاقتصادي الحر يؤدي إلى ازدياد أهمية العقود الإدارية . إذ أن الدولة وأجهزتها المختلفة سوف تسعى إلى الحصول على احتياجاتها عبر الاتفاق مع الغير عن طريق العقد الإداري .

وإذا كان العقد الإداري يستلزم - نظراً لاتصاله بنشاط مرفق عام يؤدي خدمة عامة - أن يكون للإدارة مركز متميز في العقد الإداري يختلف

مداه من عقد إلى آخر . فإن هذا الأمر لا يستلزم ضرورة الإبقاء على توازن التزامات المتعاقدين في العقد الإداري .

على أن الملاحظ أن النظرية التقليدية في العقود الإدارية تزخر بمواطن كثيرة تؤدي إلى وجود اختلال في التوازن بين المتعاقدين في العقد الإداري . وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين تتناول في الأول منهما مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد الإداري .

أما الثاني فتتناول فيه : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد الإداري .
وذلك على الوجه التالي :

المطلب الأول

مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد الإداري

تتعدد مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد الإداري ، ذلك أن فلسفة وسائل إبرام العقد الإداري تنهض على التشدد في اختيار المتعاقد مع الإدارة حتى لا تتعاقد جهة الإدارة مع أشخاص غير مؤهلين لذلك ، مع ما يترتب على ذلك من أضرار تلحق بالمصلحة العامة .

على أن بعض هذه الإجراءات في كثير من الأحيان تفتقر إلى العدالة ، وسوف نرصد أهم هذه الاختلالات كما يلي :-

الفرع الأول : سلطة الإدارة في إعاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها .

الفرع الثاني : عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة .
الفرع الثالث : سلطة الإدارة في عدم اعتماد القرسية .

للفرع الأول

سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة قبل البت فيها

نون مسئولية عليها

للإدارة إلغاء المناقصة قبل البت فيها في حالتين :

الأولى : إذا رأت الإدارة الاستغناء عن المناقصة ، فمن المعلوم أن جهة الإدارة تلجأ إلى المناقصة لكي توفر حاجة المرفق سواء تمثلت في توريدات أو إنشاءات أو غير ذلك . فإذا أعلنت الإدارة عن حاجتها للمناقصة وبعد ذلك رأت الاستغناء عنها ، فإن القانون يعطى لها الحق في إلغاء هذه المناقصة .

الثانية : إذا اقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة ، وهو أمر تقدره الإدارة ، فقد تؤدي المناقصة إلى تآكل الاعتمادات المالية المخصصة للإدارة ، ومن ثم تروى الإدارة إلغاء المناقصة ، أو تقدر أن اللجوء إلى أساليب أخرى للتعاقد قد يمكنها من تحقيق هدفها وتحقيق المصلحة العامة أكثر من المناقصة .

ويشترط لإلغاء المناقصة في هاتين الحالتين ما يلي :

١ - أن يكون الإلغاء قبل البت في المناقصة ، ونرى أن ذلك يكون قبل فتح المظاريف ، لأن عمل لجنة فتح المظاريف هو في حقيقته استهلال

لعمل لجنة البت ، فإذا قامت لجنة فتح المظاريف بعملها فلا يصح إلغاء المناقصة استناداً إلى هاتين العاليتين .

٢- يجب أن يكون قرار إلغاء المناقصة صادراً من السلطة المختصة ويجب تسببه ، فإذا صدر القرار بغير تسبب أو صدر لسبب لم يحدده القانون جاز الطعن عليه بالإلغاء أمام مجلس الدولة على الوجه المبين في القانون .

وسنطة الإدارة في إلغاء المناقصة على هذا الوجه ، تعتبر عملاً مشروعاً لا تؤخذ عليه الإدارة إذا ما كان هذا الإلغاء مطابقاً للشروط التي حددها القانون على الوجه السابق .

ووجه عدم التوازن بين سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة أو غيرها من وسائل التعاقد الأخرى وبين حق مقدم العطاء ظهر من ناحيتين :

الأولى : أن كثيراً من المناقصات التي تعلن عنها الإدارة تتطلب في كثير من الأحيان دراسات كثيرة ومتعددة الجوانب قد تكون هندسية أو إنشائية أو اقتصادية ، وهو أمر يكلف مقدم العطاء مبالغ طائلة . وهو يفعل فلنك ابتغاء للتعقد مع جهة الإدارة . وعلى ذلك فإن إلغاء جهة الإدارة للمنافسة بعد تقديم العطاءات وقبل البت فيها قد يصيب مقدم العطاء بأضرار بالغة . ولذلك يجب حتى يتوازن مركز الإدارة مع مركز مقدم للعطاء أن يكون الأخير حق الحصول على تعويض إن أصابه ضرر من جراء إلغاء جهة الإدارة للمنافسة قبل البت فيها .

الثانية : أن مقدم العطاء يلتزم - بعد تصدير عطائه إلى جهة الإدارة - بعبائه المدة المحددة في الإعلان عن المنافسة : أي حتى موعد فتح المظاريف ، ولذلك لا يستطيع أن يرجع في هذا العطاء أو يسحبه أو

حتى يغيره ، وهو ما تنص عليه المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات في مصر « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط » .

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأن « القاعدة هي أن مقدم العطاء يلزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة في شروط العطاء وهذه القاعدة تطبق للقاعدة العامة في مجال القانون الخاص (المادة ٩٣ من القانون المدني) والتي لم ير المشرع موجبا للخروج عليها في مجال عقود الإدارة »^(١) .

ويتربى على عدم التزام مقدم لعطاء بعطائه للمدة التي حدتها الإدارة في الإعلان أثر هام وهو مصادرة التأمين الابتدائي المرفق بالعطاء^(٢) .

وفي تلك تنجدي المرافقة بين مركز الإدارة وبين مقدم العطاء ، الإدارة تستطيع إلغاء المناقصة دون مؤاخذه أو تقرير حق مقدم العطاء في التعويض ، أما إذا أراد مقدم العطاء أن يسحب عطائه أو يغيره فإنه لا يجوز ذلك ، وإذا حدث فإنه يخسر التأمين الابتدائي الذي قدمه مع عطائه .

(١) محكمة القضاء الإداري : الدعوى رقم ٩٦٥ لسنة ٢١ في جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .

(٢) جابر جاد نصار ، المناقصات العامة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٢ دار

الفرع الثاني

عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة

لا شك أنه في نظام الممارسة تكون الإدارة أكثر حرية في اختيار المتعاقد معها ، وإذا كان القانون الجديد قد سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة من حيث سلطة الإدارة في اللجوء إلى أيهما كما أخضع الممارسة العامة لذات القواعد التي تخضع لها المناقصة العامة . فإنه في إطار نظام الممارسة العامة تتوافر للإدارة مرونة أكثر في مفوضة وممارسة مقدمى العطاءات للتعاقد مع أحدهم إن كانت لجنة الممارسة مخولة بالتعاقد معهم ، أو رفع تقرير إلى السلطة الأعلى للنظر في نتيجة الممارسة .

و ستقرر مجلس الدولة المصرى بشقيه القضائى والإثنائى على عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة وزجج المشرع المصرى ذلك : إذ نص فى المادة الأولى من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على « ... ولا يجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة » .

على أننا نرى جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة عامة ، ففى ذلك تحقيق لمصلحة الإدارة وكذلك مصلحة من قدم العطاء ؛ للاعتبارات السابى بياتها ، والتي تكمن فى التكلفة المالية الكبيرة التى يتكلفها مقدم العطاء حين إعداد عطائه .

كما أن للممارسة العامة تخضع لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة العامة ، وإذا كن هذا الحظر له ما يبرره فى ظل القانون الملغى

رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ والذي كان جعل من المناقصة العامة الأسلوب الأساسي للتعاقد وأن اللجوء إلى غيرها هو الاستثناء الذي يجب أن يكون مسبباً - فإن القانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة وجعل للإدارة حرية اللجوء إلى أيهما وفقاً لما تراه .

الفرع الثالث

سلطة الإدارة في عدم اعتماد الترسية

من المسلم أن إجراءات المناقصة أو الممارسة أو غيرها من وسائل إبرام التعاقد الإداري ماضية إلا تمهيد للعقد الذي يبرم في نهاية الأمر بين الإدارة ، والمستقدم بأفضل العطاءات . وهو ما تقرره محكمة القضاء الإداري إذ ذهبته إلى أنه « لا نزاع في أنه للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسالها على المتعهدين ، وذلك أن طرح المناقصة في السوق وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسالها على صاحب أفضل عطاء ، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد ، ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقتضي بإلغاء المناقصة والاعتول عنها دون أن يكون لصاحب العطاء أي حق في إلزامها بإبرام العقد .. »^(١) .

وهو أيضاً ما قرره المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ١٢ فبراير ١٩٩٠ جاء فيه « ... وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد

(١) محكمة القضاء الإداري : القضية رقم ٢٥١ لسنة ١٢ ، في مجموعة المبادئ ،

المقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد ، بل ليس إلا إجراء تمهيدياً في عملية العقد الإداري المركبة ، ثم بعد ذلك يأتي دور الجهة المختصة بإبرام العقد فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع الملتصق الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد ؛ حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص ، ولا تستبدل غيره إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية في حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة .. «^(١) .

ويذهب الفقه إلى أن الإدارة تمارس هذا الحق دون أن تلتزم بتسبيب قرارها^(٢) . وهو الأمر المسلم أيضاً في القانون الفرنسي ، حيث تنص المادة ٢٨٧ فقرة ثانية من قانون العقود الفرنسي على حق سلطة الاعتماد المختصة في رفض اعتماد نتيجة المناقصة^(٣) .

ولا شك أن هذه السلطة المقررة للإدارة في عدم اعتماد ترسية المناقصة أو الممارسة على إعطاء الأفضل بعد هذه الإجراءات الطويلة

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢١٢ س ٥ ق جلسة ١٢ فبراير سنة ١٩٦٠ .

(٢) أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٢ - ص ١٨٠ .

عبدفتاح أبو التين : أساليب التعاقد الإداري - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية - ص ٣١١ .

سليمان الطماوي : الأمن العامة للعقود الإدارية - ص ٢١٤ .

(3) De laubader (A) : Traité des contrats administratifs, P. Moderne et p. Delvolve, 2e éd T.I , 1983. p. 629 . Quancard: (M):l'adjudication des marches publics de travaux de Fournitures : 1942 , p.p. 175 et s .

والمعقدة والمكلفة تمثل إهداراً لمصلحة مقدم العطاء الأفضل ويخل بالتوازن بينه وبين الإدارة .

وفى الواقع نحن لا نسلم بهذا لمنطق ؛ ونرى ضرورة التسليم بانعقاد العقد بمجرد صدور قرار الترسية فهو يجب أن يمثل قبول الجهة الإدارية للإيجاب الذى يتمثل فى تقديم العطاء ، وفى هذه الحالة إن كان القانون قد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية ، فإن ذلك - لا يمنع فى نظرنا - من انعقاد العقد ، وإنما يعتبر نفاذه موقوفاً لحين تحقق الشرط الواقع وهو ضرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى ، هذا الرأى يحقق هدفين ، يتمثل أولهما : فى إثارة مسئولية الإدارة العقدية إن هى تكسبت على أعقابها ولم تقبل سريان العقد فى غير الحالات التى حددها القانون ، أما الهدف الثانى : فيتمثل فى تقييد سلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتبره القانون .

ومذهب انعقاد العقد بمجرد الترسية هو ما يأخذ به قانون اليونسترال حيث نصت المادة ٣٥-١ من قانون اليونسترال^(١) على أنه « يقبل العطاء الذى يكون قد تم التحقق من أنه العطاء الفازل وفقاً للمادة ٤٢-٤٣-ب ويعطى إخطار قبول العطاء فوراً إلى المورد أو الممول الذى قدم العطاء » .

وتنص الفقرة ٢-١ من هذه المادة على أنه « يجوز أن تلزم

(١) مشروع قانون الأمم المتحدة يهدف إلى توحيد قواعد المناقصات العامة على المستوى الدولى . فى ذلك مؤلفنا : المناقصات العامة دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة «اليونسترال» - الطبعة الثانية - ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية - ص ٦ .

وثائق التماس العطاءات المورد أو المقاول الذي قبل عطاؤه بالتوقيع على عقد اشتراء كتابي مطابق للعطاء ، وفي مثل هذه الحالات توقع للجهة المشترية مع المورد أو المقاول على عقد الاشتراء في غضون فترة زمنية معقولة بعد إرسال الإخطار للمشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة إلى المورد أو المقاول .

وتنص الفقرة - ب من هذه المادة على أنه « في حالة اقتضاء التوقيع على عقد اشتراء كتابي وفقاً للفقرة الفرعية (١) من هذه الفقرة يصبح عقد الاشتراء نافذاً متى وقع المورد أو المقاول والجهة المشترية على العقد ، وفي الفترة الواقعة بين إرسال الإخطار للمشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة إلى المورد أو المقاول وبغض عقد الاشتراء لا يجوز للجهة المشترية ولا للمورد أو المقاول أن يتخذ أي إجراء يتعارض مع نفاذ عقد الاشتراء أو مع أدائه » .

وتنص الفقرة ٣ من المادة ٢٥ على أنه « إذ كانت وثائق التماس العطاءات تنص على أن عقد الاشتراء يتطلب موافقة سلطة عليا ، ولا يصبح عقد الاشتراء نافذاً قبل صدور هذه الموافقة ، وتحدد وثائق التماس العطاءات الفترة الزمنية المقدرة التي يجب أن تفصل بين إرسال إخطار قبول العطاء وبين الحصول على الموافقة » والمستفاد من هذه النصوص ، أن قانون اليونيسترال يميز بين نفاذ العقد وبين انعقاده

فالعقد ينعقد بين الإدارة وبين مقدم العطاء الفائز بمجرد فوز عطاؤه وإخطاره بذلك ، على أنه يمكن أن يعلق نفاذ هذا العقد بين جهة الإدارة والمسؤول أو المورد صاحب العطاء الفائز على شرط كتابة عقد بينهما ، ويجب أن يكون هذا العقد مطابقاً للعطاء ، وأن تشترط الإدارة ذلك في

وثائق الإعلان عن المناقصة .

كما يمكن لها أن تنص في وثائق الإعلان عن المناقصة على ضرورة موافقة سلطة عليا ، وهنا لا يصبح عقد الاشتراء نافذا إلا بعد تمام هذه الموافقة ، على أن هذا لا ينفي انعقاد العقد بمجرد تحديد العطاء الفائز ، ويبقى التصديق على العقد مرحلة أخرى تماما ، إذا تمت فإن العقد يتخذ من تمامها ، وإذا رأت السلطة العليا عدم التصديق على العقد أصلا أو في الموعد المحدد فإن ذلك يؤدي إلى فسخ العقد وإثارة مسئولية الإدارة العقدية .

المطلب الثاني

مظاهر الاختلال في مرحلة تنفيذ العقد

لعل من أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو مركز الإدارة فيه ؛ فالإدارة في العقد الإداري تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلا في عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائما بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام وأطرافه .

على أنه إذا اقتصر العقد الإداري على ذلك لم يكن يستقيم الأمر ، ففي مواجهة سلطات الإدارة توجد حقوق للمتعاقدين معها . ففضلا عن استحقاقه الثمن والذي يعنى المقابل المالى المتفق عليه في العقد ، فإنه يحق له أن يطالب الإدارة بالتعويضات إن كان لها محل . وحق المتعاقد مع الإدارة في هذه التعويضات قد يرتبط بضرورة المحافظة على التوازن المالى لدى العقد الإداري ، وقد يترتب على ارتكاب الإدارة لأخطاء معينة أصابته بضرر .

وعلى الرغم من أن نظرية التوازن المالى فى العقد الإدارى أنشأها القضاء الإدارى فى فرنسا وأخذ بها القضاء الإدارى المصرى لإقامة العدالة والتوازن بين طرفى العقد . إلا أن ثمت مظاهر تنال من هذا التوازن وتنقص من فكرة العدالة فيه . وسوف نشير إلى أهم هذه المظاهر عما يلي :

الفرع الأول

تعويض المتعاقد مع الإدارة جزئياً فى الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفًا وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد . وتؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقًا للمتعاقد مع الإدارة ، أو بمعنى آخر فإنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ، وتؤدي إلى خسارة غير محتملة . ففى مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة .

ونظرية الظروف الطارئة يشترط لتوافرها ضرورة أن يكون الظروف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه . وعلى ذلك فإن الظروف الطارئ الذى تتطلبه نظرية الظروف الطارئة يعنى الظروف الذى لم يكن فى حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مع الإدارة كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع استيراد سلعة يلتزم بتوريدها أو تخفيض قيمة العملة . فكل هذه ظروف طارئة لم تكن فى حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد .

ويترتب على نظرية الظروف الطارئة كما تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى « ... أن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام

جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في هذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً ... » .

ومؤدى ذلك أن الإدارة لا تعوض المتعاقد معها عن الظروف الطارئة تعويضاً كاملاً بدعوى أن الإدارة لا يد لها في حدوث الظروف الطارئ . والحقيقة أن ذلك ليس سبباً جوهرياً يؤدي إلى حرمان المتعاقد مع الإدارة من التعويض الكامل الذى يؤدي إلى تمكنه من تنفيذ العقد تنفيذاً سليماً . وهو ما نطالب به حتى تتوازن حقوق المتعاقد والتزاماته . وهو الأمر الذى يتفق والأطر الجديدة للتعاقد التى نشأت مع اتجاه النظام الاقتصادى فى الدولة حديثاً إلى الخصخصة مثل عقود البوت . ونماذج العقود الدولية مثل عقود الفيديك على الوجه الذى سوف يرد فى هذا البحث - بعد ذلك - تفصيلاً .

الفرع الثانى

ضرورة أن ترتبط ممارسة الإدارة لمسلطاتها فى العقد الإداري بطبيعة العقد وحصول المتعاقد معها على تعويض

إذا كانت سلطات الإدارة فى العقد الإداري لازمة لضمان حسن تنفيذ العقد وتنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته الناتجة عن العقد ، فإن الواقع يقتضى الاعتراف بأن التطور الحديث الذى أفرزته التطورات السياسية والاقتصادية قد أفرز صوراً جديدة للعقود الإدارية مثل عقود الإنشاءات الدولية التى أصبحت تعقد وفقاً لصيغ سابقة للتجهيز مثل عقود الفيديك أو عقود الـ B.O.T بصورده الكثيرة . وهذا الجيل من العقود الإدارية - لا

سيما عقود البوت - والتي تعنى أن الملتزم (شركة المشروع) هو الذى ينشئ المرفق ويشغله ويعيد ملكيته إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء مدة الالتزام . ففى مثل هذه العقود يجب أن تأخذ الشروط الاتفاقية مساحة أكبر الأمر الذى يجب معه تقييد سلطة الإدارة فى ممارسة سلطاتها فى هذه العقود بصورة تكفل للإدارة أن يكون لها مركزاً متميزاً فى العقد الإدارى مع المحافظة على حقوق المتعاقد معها .

ومن ناحية أخرى ، فإنه يجب أن يرتبط تدخل الإدارة فى العقد الإدارى بحق المتعاقد معها فى الحصول على تعويض كامل عن الأضرار التى تلحق به من جراء هذا التدخل أيا كانت هذه الأضرار .

نخلص من جماع ما سبق إلى : أن القضاء الإدارى باعتباره المصدر الرئيسى لنظريات وقواعد القانون الإدارى بصفة علمية وتطبيقية العقود الإدارية بصفة خاصة بحاجة إلى تطور كبير حتى يتلاءم مع تزايد الأهمية العملية للعقود الإدارية فى ظل التحول الاقتصادى الذى تعيشه الدولة تجاهه بخطى سريعة ومتلاحقة وذلك حفاظاً لحق الشعب فى ثرواته وموارده الأساسية .

الفصل الرابع

صور العقود الإدارية

تتعدد صور العقود الإدارية بتعدد موضوعاتها فلم يعد الأمر قاصراً على صور محددة حصراً للعقود الإدارية كما كان الأمر في السابق . حيث كانت العقود الإدارية تكاد تنحصر في ثلاثة عقود هي عقود الأشغال العامة والالتزام والتوريد . على أنه تبقى هذه العقود الثلاثة هي أهم العقود الإدارية ويمثل النظام القانوني الذي يحكمها عصب القواعد القانونية التي تحكم نظرية العقود الإدارية بصفة عامة . ولذلك سوف نتناولها بمزيد من التفصيل باعتبارها أهم صور العقود الإدارية .

المبحث الأول

عقد الالتزام

يعتبر عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية إن لم يكن أهمها على الإطلاق ، فعن طريقه تعهد الدولة لأحد الأشخاص سواء أكان فرداً أو شركة بإدارة مرفق عام .

إذا يعد عقد الالتزام أسلوباً لإدارة المرافق العامة . فقد ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم .

على أن أهمية عقد الالتزام قد زادت في الآونة الأخيرة نظراً لاحتياج الدولة للاقتصاد الحر وفي هذا الإطار برز دور جديد لعقد الالتزام كوسيلة لتحقيق هذا الاتجاه فضلاً عن ظهور صور جديدة لعقد الالتزام تعهد فيها

الدولة للقطاع الخاص مهمة إنشاء وتشغيل المرفق لمدة من الزمن ثم إعادته مرة أخرى إلى الدولة .

وهي ما تعرف بعقود البناء والتشغيل والتحويل BOT ، وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT .

وفى هذا الإطار لا تخفى خطورة عقد الالتزام إن هو أبرم لفترة طويلة كما حدث بالنسبة للالتزام قناة السويس الذى أبرم أول مرة لتسعة وتسعين سنة وكان سبباً مباشراً فى الاحتلال الإنجليزي لمصر .

وسوف ندرس عقد الالتزام دراسة تفصيلية سواء من حيث تعريفه أم بيان طبيعته وأخيراً الآثار التى تترتب عليه ثم نفرد دراسة خاصة للتطور الحديث لعقد الالتزام . وذلك كما يلى :

المطلب الأول

تعريف عقد الالتزام

عرف القانون المدنى المصرى عقد التزام المرافق العامة فى المادة ٦٦٨ منه بالآتى : «التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذو صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن» .

وقد عرفت محكمة القضاء الإدارى عقد الالتزام فى حكمها بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٥٦ بأنه « .. التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته

المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستغلاله على الأرباح .

فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام . ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين ..»^(١) .

ومما سبق تتضح أهمية عقد الالتزام من حيث أنه يسمح بأن يحل شخص عادي محل السلطات العامة في إدارة مرفق عام على أن التطور الحديث - منذ بداية العقد الأخير من القرن العشرين - ومع اتجاه الدولة إلى نظام الاقتصاد الحر وإعطاء الدور الأكبر للقطاع الخاص في الحياة الاقتصادية تعددت صور عقد الالتزام ولم يعد الأمر يقتصر على مجرد حلول شخص عادي أو شركة محل الإدارة في إدارة مرفق عام وإنما أصبح الفرد العادي أو المشروع يتكفل بداءة بإنشاء المرفق وتشغيله مدة الالتزام ثم يعيده مرة أخرى إلى الدولة وهو الأمر الذي استدعى أن يضبط مجاله بنص دستوري . فالمادة ١٢٣ من دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ تنص على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة

ونظم المشرع عقد الالتزام بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . واتخذت التطورات سابق الإشارة إليها أن يصدر المشرع تعديلات على هذين القانونين تمثيا مع هذه التطورات

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٥ مارس ١٩٥٦ المبادئ - السنة العاشرة -

وبمقتضاها عدلت في قواعد منح الالتزام وحقوق الملتزم ومدة الالتزام .
ومثال ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧
سوف نعرض لأهم أحكام عقد الالتزام فيها بعد تبين طبيعة عقد الالتزام .

المطلب الثاني

طبيعة عقد الالتزام

ذهب بعض الآراء إلى تكيف عقد الالتزام بأنه عمل قانوني يصدر
من جانب واحد وهو الإدارة ، وأن حقوق المتعاقد مع الإدارة لا تستمد من
عقد يبرمه باتفاق مع جهة الإدارة وإنما مصدرها العمل القانوني الصادر
من الإدارة وحدها . وعلى هذا الأسس فإن الملتزم ليست له حرية في
مناقسة بنود عقد الالتزام وإنما كل ما هو له أن يقبل أو يرفض الوثيقة
التي تصدرها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة .

على أن الرأي الراجح في تكيف عقد الالتزام يذهب إلى اعتبار هذه
العقود من طبيعة مركبة أي تتضمن شروطاً تعاقدية وأخرى لائحية .

أولاً : الشروط التعاقدية :

وهي الشروط التي يجرى الاتفاق بشأنها بين الملتزم والإدارة
وتخضع لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين وغالباً ما تتصل هذه الشروط
بالجوانب المالية للعقد بين الملتزم والإدارة .

ثانياً : الشروط اللائحية :

وهي الشروط التي تتصل بإدارة المرفق العام وتنظيمه على وجه

معين فالأصل أن الإدارة هي التي تقوم بذلك . وإذا كان عقد الالتزام يدخل لها أن تتخلى عن ذلك - لأسباب تقدرها - إلى الملتزم فإن ذلك يكون وفق الشروط والقيود التي تحددها هي والتي لا تخضع للمساومة أو المفاوضة بينها وبين الملتزم .

وهذه الشروط الثلاثية تملك الإدارة دائما تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق وضرورة انتظامه وإطرائه في أداء الخدمة .

وفي ذلك تذهب محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بتاريخ ٢٧ سبتمبر ١٩٥٧ إلى أن الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيم بها ، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها وتائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعد تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومصلولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فيستفرض على الملتزم عنها جديداً يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه ، أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله ، وهي في ذلك كله لا تستند إلى الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقاً لغايات هذه السلطة متمتعة في ذلك بامتياز وسيادة ينتفى معها كل طابع تعاقدى الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلقة بالالتزامات. ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم جوانبه مركزاً لائحية يتضمن تفويض الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة بقضيتها قيام المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل

بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعاً له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحة جديدة تمس الالتزام ... وأنه ولو أن الشروط اللائحية لتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام إلا أن هذا الاتفاق ليس عقداً ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشر مركزاً قانونياً أو لائحياً .. (١) .

وفى حكم لها أكدت المحكمة الإدارية العليا ما سبق « .. أن المعلم به لفهما وقضاء أن شروط عقد القرام للمرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم .. (٢) .

وعلى الرغم من تسليمنا بالطبيعة المزدوجة للشروط الواردة بعقد الالتزام كم يذهب إلى ذلك الفقه الراجح وكما استقرت عليه أحكام القضاء - وعلى الوجه الذى سبق وبيناه - فبتنا نتساءل عن قدرة هذا التقسيم على الصمود فى وجه التطورات الحديثة لعقد الالتزام والذى يقوم فيها الملتزم بإنشاء للمرفق وتشغيله وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة وهذه العقود لا تفيل بسهولة فكرة التفرقة بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية ولذلك ليس بمستغرب أن تنجا الدولة إلى إصدار قوانين للاستثناء من أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ مثل القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة

(١) محكمة القضاء الإدارى : بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ المجموعة س ١١ ص ١٦٠ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ قضية ١١٠ س ١٣ المجموعة

١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء الطرق العامة ، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال مطارات وأراضى النزول .

إن هذه الاستثناءات التى أوشكت أن تصبح القاعدة العامة فى منح الالتزام تبتغى إعطاء الدور الأكبر للشروط التعاقدية فى عقد الالتزام على حساب الشروط اللاحقة .

المطلب الثالث

النظام القانونى لعقد الالتزام

نظراً لأهمية عقد الالتزام فقد حرص المشرع على تنظيم أهم جوانبه بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ووفقاً لأحكامهما يتحدد النظام القانونى لعقد الالتزام كما يلى :

أولاً : السلطة المختصة للالتزام :

حددت المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ للسلطة المختصة للالتزام كما يلى :

أ- يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب .

ب- بالنسبة لموارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية فيكون منح الامتياز الخاص باستثماراتها بقرار من وزير

الدفاع إذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات .

وعلى ذلك فإن مجال أعمال هذا الاستثناء محكوم بشرطين الأول أن تكون الموارد محل العقد تابعة لوزارة الحربية وآلا تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات فبذا تخلف أحد الشرطين فإن منح الامتياز فى هذه الحالة يجب أن يكون بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب :

ثانيا : مدة الالتزام

تتميز مدة عقد الالتزام بأنها طويلة نسبياً . فقد حددها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بثلاثين عاماً . ومرد ذلك أن هذا الزمن الطويل الذى يستغرقه عقد الالتزام يكفل للملتزم أن يسترد ما أنفقه من أموال على إنشاء أو تحسين العرق .

وهذا التعديد الذى لى به القانون أنهى عرفاً كان يجرى بمقتضاه منح الالتزامات لمدة كبيرة كانت تصل إلى ٩٩ سنة ولعل أشهر التزام فى التاريخ هو التزام قناة السويس إذ أبرم لمدة ٩٩ سنة ولا يخفى على أحد ما سببه هذا العقد من كوارث لمصر ابتداء من التدخل الأجنبى فى شئونها إلى إغراء حكامها آنذاك بالافتراض بضممان قناة السويس حتى عرفت الحكومة آنذاك فى الاستدانة . وتبع ذلك الاحتلال البريطانى لمصر .

ومن العجيب ان نعود مرة أخرى إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة كما حدث بالنسبة للقانون ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن التزامات الطرق العامة والقانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن التزامات الكهرباء والقانون ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح الالتزامات لإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول .

ولا شك أن هذه العودة غير الحميدة لا تتفق مع الفكر القانوني الحديث الذي يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغت أهميته ممقداً عبر الزمن لمدة قرن من الزمان يقيد أجيالاً من بعدها أجيال . وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية للشعب من الشعوب .

المطلب الرابع

أنظر عقد الالتزام

يرتب عقد الالتزام حقوقاً نظريه ، وهى حسب ما نص عليه القانون رقم ١٢٩ كما يلى :

أولاً : حقوق السلطة ماثحة الالتزام .

حدد القانون السلطة ماثحة الالتزام فى ثلاثة حقوق كما يلى :

١ - حق الرقابة على إنشاء وإدارة المرفق العلم :

فالمادة السابعة من القانون تنص على أنه «لما يخ الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العلم موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية» .

فحق الإدارة فى الرقابة على المرفق العلم موضوع الالتزام حق ثابت لها سواء عند إنشائه أو أثناء تسييره وذلك راجع إلى طبيعة عقد الالتزام والذى من خلاله تعهد الإدارة إلى شخص عادى بإدارة المرفق . وهو حق مسلم به حتى فى حالة عدم النص عليه فى وثيقة الالتزام .

كما أن حق الرقابة يشمل جميع الأعمال التى تتصل بالمرفق سواء

تعطقت بالتواحي الفنية في إنشائه أو تسييره أم بالتواحي المالية . وللإدارة أن تعهد إلى أي جهة تراها ممارسة هذه الرقابة أو تشكيل لجنة تختص بذلك . أو تعيين مندوبين ينوبون عنها في مراقبة إنشاء المرفق وتسييره . ويجب على الملزم أن يمكن الإدارة أو من ينوب عنها في ممارسة مهمته للرقابية ، وعليه تقديم كافة البيانات أو الأوراق التي تطلبها الجهة التي تمارس الرقابة .

٢- حق الإدارة في تعديل النصوص الانشائية بالإرادة المفردة .

لما كانت الشروط اللاتحوية في عقد الالتزام شروطاً مقررّة من قبل الإدارة مانحة الالتزام ولم تكن محل مفاوضة من قبل الملزم يل عليه أن يقبلها كما هي فإنه يبقى للإدارة في كل حين تعديل هذه الشروط حسب ما تتطلبه مصلحة المرفق العام وضرورة انتظامه . وهو ما تنص عليه المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ «لما منح الالتزام دائماً متى اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملزم في التعويض إن كان له محل» .

وعنى ذلك فإن سلطة الإدارة في تعديل هذه الشروط والتغيير في ظروف تنفيذ العقد يستوجب تعويض الملزم بحيث لا يتحمل وحده النتائج التي يمكن أن تترتب على هذا التعديل . وفي ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ « .. ومن حيث إن المسلم به فقها وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لانحائية وشروط تعاقدية . والشروط اللاتحوية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة

العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول المنتزم . والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللاحقة القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة ، غير أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل وقواعد التعريفة أو خطوط السير لصالح المنتظمين إلا أن إثثار المصالح العام على المصالح الخاص للمنتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة بحيث يتحمل المنتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب على هذا التعديل إضرار بالمنتزم فعلى مانح الالتزام أن يعرضه بما يجبر هذا الإضرار .

٣ حق الإدارة مانحة الالتزام في استرداد المرفق قبل نهاية مدته

وهذا الحق أيضا مقرر للإدارة مانحة الالتزام ، حيث إن استرداد المرفق قبل مدته إنما يعنى عودة إلى الأصل العام ولذى يقضى بأن الإدارة هي التي تقوم بإدارة المرفق بنفسها . وهو حق أصيل لها حتى ولو لم ينص عليه في وثيقة الالتزام .

وتنص المادة ٤ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » .

ويقترنب على استرداد الإدارة للمرفق قبل انتهاء مدته ما يلي :

- حق المنتزم في الحصول على التعويضات المناسبة .
- رجوع المرفق إلى الإدارة مانحة الالتزام خالية من الالتزامات قبل الغير ما لم تقبل الإدارة صراحة أن تحمل محل المنتزم في ذلك .

ثانياً - حقوق المنتزم :

للمنتزم في عقد الالتزام حقوقاً تتمثل فيما يلي :

١٠ - حق القضاء مقابل :

ويعتبر هذا الحق أساسياً بالنسبة للملتزم فهو يقوم مقام الإدارة في إنشاء أو تسيير المرفق العام مقابل أن يقتضى هذا المقابل .

وللملتزم أن يحدد المقابل الذى يحصل عليه من المنفعين على أنه يجب ألا يفالى فى ذلك وإلا كان للجهة مانحة الالتزام إن ترد هذا المقابل إلى حدوده المعطولة .

وضمامنا لعدم التجاوز نصت المادة الثالثة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أنه لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال .

٢ - حق الحصول على المزايا التى يقررها مانح الالتزام :

للملتزم أن يحصل على المزايا التى تقررها الجهة مانحة الالتزام ، وتتدخل هذه المزايا فى إطار الشروط التعاقدية التى يجب أن يتفق عليها بين الملتزم والجهة مانحة الالتزام ، وهذه المزايا قد تكون مالية تتعلق بتقديم قروض أو تسهيلات مالية أو تقديم قطعة أرض إليه لبناء المرفق أو التزام الجهة مانحة الالتزام بعدم التعاقد مع غيره فى نطاق عمل المرفق - وهذه المزايا هى مزايا اتفاقية بين الطرفين لا يستطيع الملتزم أن يزيد بها أو يغيرها من تلقاء نفسه .

٣ - حق الالتزام فى ضمان لتوازن المالى للعقد :

إن استخدام الإدارة مانحة الالتزام فى تعديل وتغيير بنود عقد الالتزام كما هو مقرر لها قد يترتب عليه إلحاق إضرار بالملتزم ، فإنه يبقى

على الإدارة أن تجبر هذه الأضرار بما يؤدي إلى ضمان التوازن المالي لعقد الالتزام بين حقوق الملتزم وواجباته وفي ذلك ضمان للمصلحة العامة لأن به يستطيع الملتزم أن يفي بالتزاماته في تقديم الخدمة إلى المنتفعين .

ثالثاً : حقوق المنتفعين في عقد الالتزام .

قد تكون حقوق المنتفعين الناشئة عن عقد الالتزام في مواجهة الإدارة أو في مواجهة الملتزم .

ففي مواجهة الإدارة : تلزم الإدارة بأن ترافق حسن سير المرفق وقدرة الملتزم على إدارته والتزامه بالفواعد الحاكمة في نشاط المرافق العامة أهمها المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق وعدم المغالاة في أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق تحت إدارة الملتزم . فلا يجوز أن تعهد الإدارة إلى الملتزم بإدارة المرفق ثم تتركه دون رقابة . فهذه الرقابة هي التي تضمن استفادة الجمهور بخدمات المرفق

أما في مواجهة الملتزم : فإن أولى هذه الحقوق أن يؤدي إلى المنتفعين الخدمة حسب ما تنص عليه شروط العقد المبرم بينه وبين الجهة متحصة الالتزام . وهو الأمر الذي تنص عليه المادة ٦٦٩ من القانون المدني «ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عينه بأن يؤدي لهذا العسل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته والشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين» .

المطلب الخامس

التطور الحديث لعقود الالتزام

ازدادت أهمية العقود الإدارية في العصر الحديث سواء على المستوى الداخلي نظراً لاتجاه الدولة إلى الانكسار الحر والاعتماد أساساً على القطاع الخاص . ففي ظل هذا النظام بدت بعض العقود الإدارية أسلوباً للخصخصة . فعوضاً عن بيع وحدات قطاع الأعمال العام فإن الدولة تستطيع عن طريق عقد الالتزام وغيره من عقود الخدمات أن تعهد بإدارتها إلى القطاع الخاص وفقاً لنظام يتفق عليه أطراف العقد . هذا فضلاً عن وظيفة العقد الأساسية والتي عن طريقه يكون للإدارة أن تتعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية .

وعلى المستوى الدولي : فإن اتجاه النظام الدولي إلى العولمة وتحرير التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بين الدول المختلفة . بدأ معه العقد الوسيلة الأساسية لذلك واهتمت لجان الأمم المتحدة في إطار مشروعات قوانين لموجبة تدعو الدول للأخذ بها وذلك للتقريب بين السلطم القانونية المختلفة حتى تضمن هذه الآليات تشجيع الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال بين دول العالم وفي هذا الإطار نشأت صور جديدة وأنظمة قانونية حديثة مثل التحكم والبول وعقود الميثاق وغيرها .

هذه الآليات الحديثة أصبح الأخذ بها ضرورة إذ أنها أصبحت آلية مهمة من آليات الاستثمار الأجنبي ونقل التكنولوجيا بين الدول . وعقود البناء

والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أحد هذه الآليات ، وهي تعنى أن شركة المشروع تقوم ببناء مرفق عام وتشغيله مدة العقد ثم بعد ذلك تنقل ملكيته إلى الدولة المضيفة . وهي فكرة ليست جديدة تماماً فقد كان أول تطبيق لهذه العقود منذ ما يزيد عن قرن من الزمان يتمثل فى عقد القزام قناة السويس وقد أبرم لتسعة وتسعين عاماً .

وإذا كان لعقود البوت منافعها الاقتصادية فإن لها أيضاً مخاوفها ومخاطرها سواء من الناحية الاقتصادية أم من الناحية السياسية . ويبقى فى نهاية الأمر تحقق هذه المنافع أو ترقى هذه المخاوف مرتبط بضرورة ضبط التجوء إلى هذه الوسيلة .

وتأتى هذه الدراسة فى ظل تطبيقات متزايدة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T فى مصر فى مجالات عديدة تشكل مفاصل رئيسية للاقتصاد القومى مثل المطارات ومحطات المياه والصرف الصحى والكهرباء والبتروى والطرق وغير ذلك .

الأمر الذى يؤكد أهمية الدراسة وضرورتها .

وسوف ننقى الضوء على بعض جوانب هذا النظام وبعض التطبيقات التى حدثت فى مصر عبر النقاط الآتية :

أولاً : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

ثانياً : أشكال عقود البوت .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البوت .

رابعاً : عقود البوت بين المنافع والمخاوف .

خامساً : غياب التنظيم التشريعى الشامل لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والتجوء إلى المعالجة الجزئية .

نواة . ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T.

تمثل عقود البوت B.O.T ، بنفريعاتها الكثيرة أطوراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية ، وقد تكون بعض هذه الصور عرفت قديماً - كما سوف يتضح لنا فيما بعد - إلا أنه من الملاحظ أن هذه العقود قد تعددت صورها فضلاً عن كثافة اللجوء إليها وهو أمر فرضه الواقع . ولذلك يبقى مهماً تحديد ماهية هذه العقود سواء بتعريفها أم بتحديد أهم صورها ، وكذلك تحديد طبيعتها القانونية ، وما يترتب عليها من منافع للدولة المضيفة وما يرتبط بها من مخاوف . ثم بعد ذلك ينبغي تحديد الإطار القانوني لعقود البوت .

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

يقصد بمشروعات البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع) ؛ وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية .

واصطلاح البوت B.O.T هو اختصار لكلمات إنجليزية ثلاث : البناء Build والتشغيل operate ونقل الملكية Transfer . وعرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الاسترال) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ، ويدعى شركة المشروع امتيازاً لتفليذ مشروع معين ، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل

المشروع واستغلاله تجارياً ، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة^(١) .

وتتبدى المميزات الأساسية لنظام عقود البناء والتشغيل ثم إعادة الملكية B.O.T في أنه يقدم حلاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها . أو تحميل الموازنة العامة مزيداً من الأعباء .

وفضلاً عن ذلك ، فإن هذا النظام يمكن الحكومة أو الجهة الإدارية من تقديم خدمة أساسية للمواطن بإنشاء المرافق العامة .

وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وجدت مجالات عديدة أهمها^(٢):

١ - مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كانت تضطلع الدولة بالقيام بها أساساً ، من أمثلة ذلك المطارات ومشروعات الطرق والكبارى ومحطات الكهرباء .

(١) جمال الدين نصار : تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت - ٢٠٠٠ - ص ١٠ : محمد ابو العيدين : انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - القاهرة ١٤-١٦ نوفمبر ١٩٩٩ ص ٣ : محمد متولى : التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتمويل B.O.T بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتمويل B.O.T ، تحرير محمد متولى - الجزء الأول - ٢٠٠١ ص ٥ .

(٢) محمد محمد بدران : نحو أفاق جديدة للخصخصة - مذكرات لطلبة دبلوم العلوم الإدارية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٣ .

٢- المجمعات الصناعية : حيث يعهد إلى القطاع الخاص بإنشاء هذه المجمعات وإدارتها ثم إعادتها بعد انتهاء مدة العقد إلى الدولة . على أنه من الملاحظ أن القطاع الخاص لا يقبل على مثل هذه المشروعات .
بنظام البوت B.O.T .

٣- استغلال واستصلاح الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة كإقامة مشروعات التنمية العمرانية أو استصلاح الأراضي الزراعية أو إقامة مشروعات ري أو غير ذلك .

على أنه يلاحظ أن المجال الرئيسى الذى طبقت فيه عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو إنشاء المرافق العامة مثل إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات المياه .

وإذا كان نظام البوت B.O.T ومشتقاته قد ارتبط ظهوره بهذه الكثافة مع اتجاه اقتصاديات دول العالم المختلفة - ومنها مصر - إلى الاقتصاد الحر ، والاتجاه نحو خصخصة القطاع العام . فإنه ليس نظاماً جديداً تماماً ، وإنما هو نظام قديم ترجع نشأته إلى منتصف القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين^(١) فقد نشأت فى فرنسا على شكل عقود امتياز المياه (بيريه اخوان) . وفى مصر كان مشروع قناة السويس وبلغت منه تسعاً وتسعين سنة وهو يعد أول مشروع بوت فى مصر ، وتبعه مشروعات أخرى كثيرة مثل شركة لبيون للغاز ، وشركة سكك حديد الدلتا الضيقة وشركة مصر الجديدة وواحات عين شمس ، وشركة المقطم والمنزه وشركة ملكولى للراديو والتليفونات وشركة الترام والاتوبيس ،

(١) حسام بن محمد عبدالله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ص ٤ .

وشركة كافورى للنقل فى الدلتا وشركة ترام الاسكندرية وشركة أبو رجيلة
لنقل العام بالقاهرة^(١) .

وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتبر فى حقيقته مجموعة من
العقود المركبة أى أن العقد يتضمن فى داخله حزمة من التعاقدات المختلفة
والمستعدة الأطراف . وحتى يمكننا فهم طبيعته القانونية فإننا سوف نلقى
الضوء على طرقى هذا العقد . وهما الجهة الإدارية وشركة المشروع
الجهة الإدارية :

فالطرف الأول فى عقد البناء والتشغيل وإعادة الملكية هو الجهة
الإدارية وهى الحكومة أو إحدى الوحدات التابعة لها . ورغم وضوح معنى
الجهة الإدارية التى تكون طرفاً فى العقد فإن الأمر يستدعى توضيح بعض
الأمر كما يلى^(٢) :

١ إن مفهوم الإدارة التى يستلزم أن ، تكون طرفاً فى العقد
الإدارى يشمل الأشخاص المعنوية العامة ، وهى إما أشخاص إقليمية أى
تحدد على أساس إقليمي ، كالدولة والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء
وإما أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل
الهيئات العامة وإما أشخاص عامة مهنية كالنقابات والتى اعترف لها
القضاء لإدراى سواء فى فرنسا أو فى مصر بالشخصية المعنوية .

٢ تكون الجهة الإدارية - بالوصف السابق - طرفاً فى العقد إذا

(١) محمود محمد فهمى : عقود الـ B.O.T وتكييفها القانونى - مؤتمر البناء
والتشغيل ونقل الملكية - B.O.T - القاهرة - ٢٧ ، ٢٨ يناير ٢٠٠١ - ص ٣ .

(٢) جابر جاد نصار : الزجيز فى العقود الإدارية ٢٠٠٠ دار النهضة العربية -
ص ١٨ .

أبصر بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحد أطرافه يتعاقد لحساب شخص معقود عام . ففي مثل هذه الحالة يكون الشخص الخاص وكيلًا عن الإدارة ينصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها في إبرام العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه . وعلى الرغم من استقرار القضاء الإداري في مصر وفرنسا على ذلك ، تطبقاً للقواعد العامة في الوكالة فإن تصور حدوث هذا الفرض يكون صعباً ، وذلك راجع إلى تعدد الاتفاقات المتعلقة بحقوق البناء والتشغيل ونقل الملكية .

على أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل يجوز الالتجاء إلى نظام البوت B.O.T لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص؟ بمعنى أن الجهة الإدارية لا تكون طرفاً في العقد .

يذهب البعض^(١) - بحق - إلى أنه ليس هناك في المنطق القانوني ما يمنع حدوث ذلك ؛ كان يتجأ أحد الفوائد أو إحدى التجميعات الخاصة أو شركة من شركات القطاع الخاص إلى إبرام عقد بوت . ذلك أن هذه العقود هي عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية احتياجات هذه الجهات أو الشركات . على أن هذا العقد يكون في كل أحواله عقداً مدنياً يخضع في أحكامه لما اتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدني .

٢- شركة المشروع :

تعتبر شركة المشروع الطرف الرئيسي الثاني في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ، وهي التي تلزم بأن تبني وتشغل وتنقل ملكية للمشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبحالة جيدة .

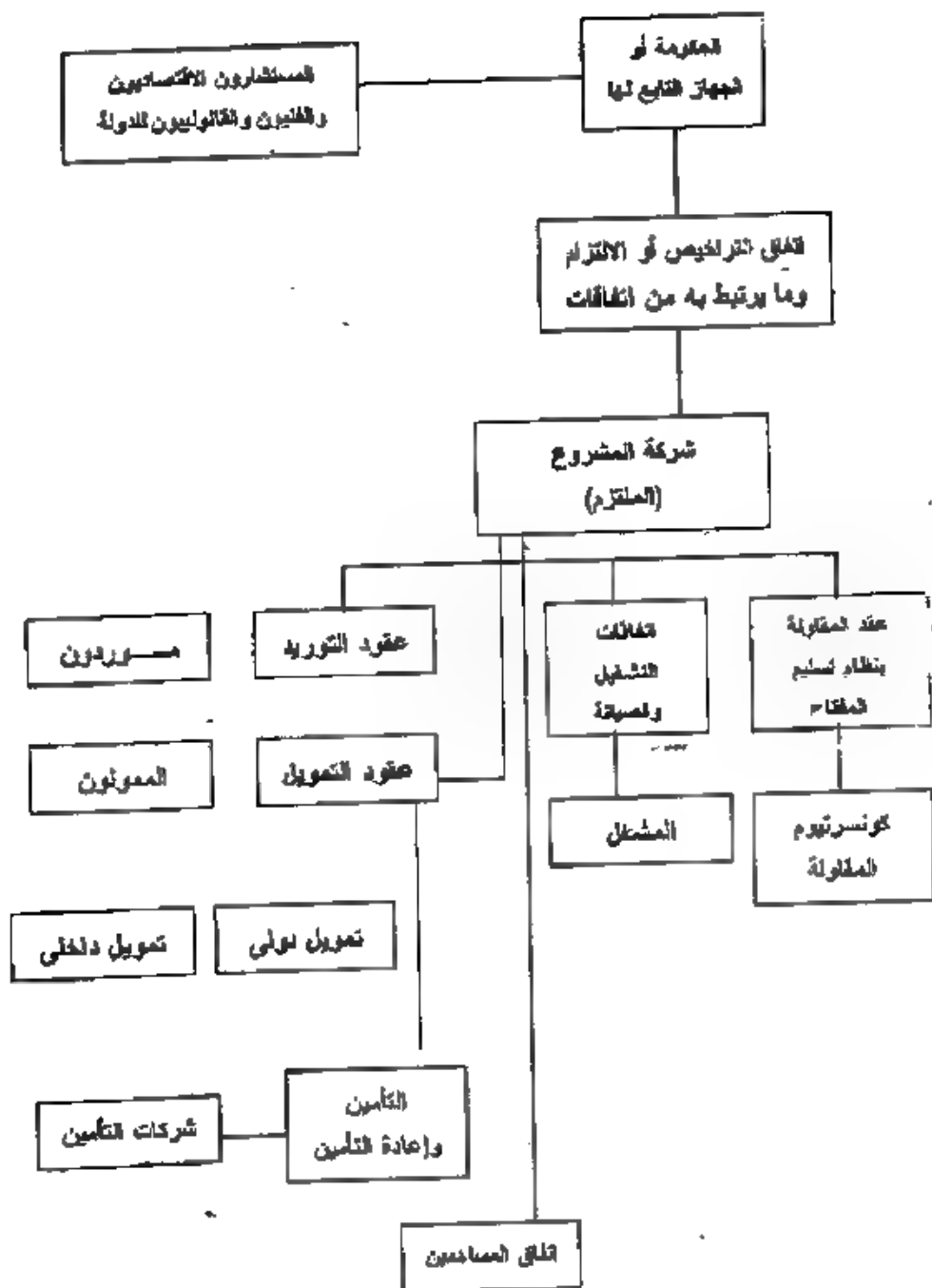
(١) محمود قهس ، عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني - المرجع السابق - ص ٢ .

على أن ذلك يتم عادة عبر شبكة أو سلسلة من التعاقدات التي تبرم في إطار العقد الرئيسي وبين متعاقدين آخرين. ويعتمد نجاح عقد البوت في تحقيق هدفه على ترابط هذه العقود وعدم تعارضها ؛ فكل عقد من هذه العقود دور يؤديه ومتعاقد يؤدي هذا الدور حسب ما ينص عليه العقد الرئيسي والتعاقدات اللاحقة به ومن ذلك بالإضافة إلى شركة المشروع التي أسسها المستثمرون والتي تلتزم أساساً بالبناء والتشغيل ونقل الملكية ، الاستشاري الذي يجري دراسات الجدوى والمقارن الذي يتولى تصميم وإنشاء الأعمال ، والمهندس الذي يقوم بالإشراف على إنشاء الأعمال ومورد المعدات ومورد الوقود والكهرباء وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعة البنوك التي تقوم بتوفير التمويل اللازم وغير ذلك . وفي هذا النطاق قد تتعارض المصالح بين هذه الأطراف إلا أنه يبقى ضرورة أن تعمل هذه التعاقدات الجانبية نحو تحقيق هدف العقد الأصلي هو بناء المرفئ وتشغيله ثم نقل ملكيته مرة أخرى ، إلى الجهة الإدارية .

وقد رصد البعض^(١) العلاقات المتشابكة والمرتبطة بتنفيذ مشروعات

البوت كما يلي :

(١) هاني صلاح سرى الدين : الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر - مجلة القانون والاقتصاد العدد ٦٩ - ١٩٩٩ - ص ١٧٤ .



الخلفية الاقتصادية لنظام البوت

ارتبط انتشار ونمو عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية B.O.T مع اتجاه الدولة نحو الخصخصة والتخلص من وحدات القطاع العام والحد من دور الدولة في النشاط الاقتصادي ، وضرورة تطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية . ويعتبر نظام البوت B.O.T أهم هذه الآليات التي لاقت قبولاً وتأييداً ومساندة من قبل البنك الدولي كاستراتيجية للريادة الكفائة من ناحية وخفض الأعباء عن الموازنة العامة ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى^(١) .

وعلى ذلك فبين هذه العقود إنما يرجع ظهورها أساساً إلى فكرة اقتصادية باعتبارها آلية من آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية^(٢) . على أن اللجوء إليها في إقامة مشروعات البنية الأساسية لا يرتبط بالدول النامية التي تعاني من اضطراب في موازنتها العامة . وإنما هو أيضاً وسيلة تلجأ إليها الدول الصاعدة الكبرى نظراً لمزيد الاقتصاديات الكثيرة؛ فهو يوفر أساليب تمويلية جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية . كما أنه يؤدي إلى تخفيض الإنفاق الحكومي ويساعد الدولة على توجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية .

(١) رشدي صالح عبدالفتاح صالح : دور للبنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت B.O.T بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء - والتشغيل - التمويل ، تحرير محمد متولى - ٢٠٠١ - ص ١٢٢ .

(٢) سامي عبدالجافي أبو صالح : البنكيان التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T بحث مقدم إلى الدورة التدريبية بمركز للبحوث والدراسات الإدارية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٣ ، ١٤ أكتوبر ٢٠٠١ .

ولذلك فإن الكثيرين يعتبرون عقود الـ B.O.T أسلوباً ووسيلة لتمويل مشروعات البنية الأساسية في الدولة
تقنياً : أشكال عقود البوت

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلاً واحداً وإنما تتعدد صورها وتباين .

فعلامة على الصورة الرئيسية التي تعنى البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن الواقع العملي أفرز صورا جديدة ومغايرة في بعض أو كل العناصر التي يتكون منها العقد . ومن هذه الصور :

١- البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T .

وفي إطار هذا العقد فإن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طوال مدة العقد . وتختلف هذه الصورة عن صورة الـ B.O.T في أنها تمنح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد . ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين الصورتين B.O.T و B.O.O.T بينما يميز آخرون بينهما على اعتبار أن الفرق الأساسي في ذلك يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله ، ففي حين تكون هذه الملكية لشركة المشروع في عقد الـ B.O.O.T ثم ينقلها مرة أخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز . فإتباعا تكون للجهة الإدارية في عقد الـ B.O.T ذلك أن المشروع يبنى لحسابها^(١) .

(١) محمد بهجت فايد : إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.O.T) - دار النهضة العربية - ص ٩ .

٢- البناء والتملك والتشغيل B.O.T :

وفي هذه الصورة فإن شركة المشروع تقوم ببناء المشروع وتملكه وتشغيله وتلتزم بأن تحول ملكيته مرة أخرى إلى الحكومة .

٣- البناء والإيجار ونقل الملكية Build Lease Transfer (BLT) :

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم تأجره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها وإما بتشغيله عن طريق آخرين .

٤- الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية

Lease Renwal Operate Transfer (L.B.O.T) :

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية ثم تجددّه وتعُدّه وتشعه فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية بصورته الحديثة دون مقابل .

٥- البناء ونقل الملكية والتشغيل Buld Transfer Operate B.T.O :

في هذه الصورة تقوم الدولة ببناء لمشروع بنفسها وتكفل بتمويله ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص . وهي صورة من صور إدارة المشروعات العامة وأهم مجالاتها الفنادق ومشروعات السياحة . ونعتبر هذه الصورة عقداً من عقود الخدمات .

ويتضح مما سبق أن هذه الصور تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فضلاً عن عقود للخدمات والإدارة والتأجير . وهي تقوم في مجملها على فكرة أساسية ؛ وهي أن يتحمل القطاع الخاص أو شركة المشروع عبء التمويل سواء تعلق الأمر بتجديد المرفق وتشغيله لم تعلق بإشغاله وتشغيله ، وإعادة ملكيته مرة أخرى إلى الدولة .

ثالثاً : الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

على الرغم من أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ستفريعاتها المستقلة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة ، وعلى الرغم من أن كثيراً من الفقهاء يسمون عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس حديثاً ، وإنما معروف ومطبق من منتصف القرن التاسع عشر ومن ذلك عقد التزام قناة السويس في مصر . فإن شيوع تطبيق هذه العقود في الربع الأخير من القرن العشرين أدى بالبعض إلى التشكك في طبيعة هذه العقود . وسوف نتناول هذه الآراء بالتفصيل :

الرأي الأول : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي تنظيم :

بمعنى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس اتفاقاً أو عقداً وإنما هو تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابهة والمتعددة بين أطراف مختلفة^(١) بل إن هذه الأطراف قد تتعارض مصالحها .

وما من شك في أن هذا الرأي محل نظر ، إذ أنه ينكر الطبيعة الاتفاقية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية . ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها . وهذا غير صحيح حيث إن هذه الاتفاقات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة وبين شركة المشروع . أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهي لا تؤثر في طبيعته والتي يمكن أن تكون عقود التزام أو عقود إشغال أو عقود توريد أو عقود تعطي بالتمويل، وقد تكون عقوداً إدارية أو مدنية حسب الأحوال.

(١) هاني مري الدين : الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية .. - مجلة القانون والاقتصاد - المراجع السابق - ص ٥ .

الرأى الثالثى : الطبيعة الخاصة لعقود البوت :

ذهب البعض إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي من عقود الإدارة العادية التى تخضع منازعاتها للقانون الخاص . ذلك أن هذه العقود شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية . لمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للمتعاقد شأنها فى ذلك شأن الأفراد العاديين^(١) . فمثل هذه العقود لا تقبل تمييز الإدارة بالسلطات التى تميزها فى العقود الإدارية ويترتب على ذلك أن العقود التى تيرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البوت هي عقود متعاقد فيها الإدارة بأسلوب القانون الخاص . ولا تستطيع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها أن تضمن هذا العقد شروطاً استثنائية . فإذا كانت الدولة أو الجهة الإدارية التابعة لها تستطيع أن تضمن عقودها فى الداخل أساليب القانون العام التى تقوم على تمييز جهة الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التى طرفها أجنبى على اعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافى . ومن ثم يجب أن تقف موقف المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً^(٢) .

وقد ذهب البعض إلى أن عقود البوت يمكن أن تكون عقود التزام إدارية تخضع لقواعد القانون الإدارى فى فرنسا أما فى مصر فإن هذا العقد يعتبر عقداً مدنياً يخضع لقواعد القانون للمدى وليس عقداً إدارياً . على سبيل المثال من القول مرده اختلاف المعيار المميز للعقد الإدارى فى القضاء

(1) Well (P.) : Droit international public et Droit Administratif , Melanges , troabas, p. 527 .

(2) Le Boulanger (ph) : les contrats enter Etats et entreprises étrangers, Ed, Economica 1985 p.229 .

الإدارى فى مصر عنه فى فرنسا ، ففي حين يشترط القضاء الإدارى فى مصر توافر معايير ثلاثة لذلك ، وهى : أن تكون الإدارة طرفاً فيه ، وأن يتضمن شروطاً غير ملوثة ، وأن يتصل بنشاط مرفق عام . فإن مجلس الدولة الفرنسى يكتفى بأحد هذه العناصر ، لإصباح الصفة الإدارية على العقد الإدارى . ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطاً استثنائية ، فإن العقد يكون مدنياً فى مصر وإدارياً فى فرنسا نظراً لاتصاله بنشاط مرفق عام أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفاً فيه^(١) .

وفى الحقيقة نرى أن هذا رأى ينطلق من جوانب خاطئة . فليس صحيحاً ارتباط الشروط غير الملوثة التى تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة . فهذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام . فضلاً عن أنها لا تتضمن فى كل الأحوال تمييزاً لجهة الإدارة فى موازنة المتعاقد وإما تضمن للمتعاقد معها حقوقاً أكثر مما يتضمنها العقد العادى .

وفضلاً عن ذلك فإن العقود الإدارية تضمن تقييد حرية الإدارة فى اختيار المتعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية للإدارة Restriction de la liberté contractuelle . مما يعنى تحقيق حرية المنافسة بين المزاغبين فى التعاقد مع الإدارة^(٢) .

أما القول بأن عقود البوت B.O.T هى عقود مدنية فى مصر

(١) ABDEL BAKI (Samy) : les projets internationaux de Construction menés selon la Formule B.O.T (Build, operate, Transfer) Thèse , 2000, paris . pp, 262 - 266 .

(٢) فى ذلك راجع مؤلفنا : المناقصات العامة فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة اليونسكوال - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية ..

نظراً لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية ، ومن ثم يتخلف بشأنها أحد العناصر المميزة للعقد الإداري ، مردود بأن عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري بطبيعته ، أي أنه عقد إداري بمجرد أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتصل بنشاط مرفق عام . لأنه حين تعهد جهة الإدارة لفرد أو شركة بإدارة وتشغيل مرفق عام ، ومن باب أولى إنشائه يعتبر أمراً استثنائياً يثبت به للعقد صفته الإدارية^(١) .

الرأي الثالث - مقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي مقود التزام مرافق عامة .
يذهب هذا الرأي إلى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T هي عقود التزام مرافق عامة^(٢) . وما من شك في أن عقد الالتزام يعتبر أهم العقود الإدارية . وهو عقد إداري بطبيعته أي أنه يكون إدارياً في كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام . وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام اعتباره أسلوباً لإدارة المرافق العامة ، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم . فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم - بداءة - بإنشاء المرفق

(١) DE FORGES (Jean michel) droit administratif , 5e édition - (١) P.U.F - 1994, p 70 .

(٢) محمود محمد فهمي: عقود البوت وتكييفها القانوني - المرجع السابق - ص ٤ .
Lalive (P.): les contrats enter Etats et entreprises priveer etrangeres, Rapport unidroit , Rome , Sept. 1976, p. 185 .
عبدالرحيم محمد سعيد : النظام القانوني لعقود البترول - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ص ٢٠٣ .

وانظر أيضاً : حسن مصطفى فتحي : الجوانب القانونية الأساسية في نظام البوت B.O.T بحث مقدم إلى مركز التحكيم بكلية الحقوق - جامعة عين شمس - نوفمبر ٢٠١٠ - ص ٥ .

وتشغيله مدة العقد ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية . وهو الأمر الذي كان عليه عقد التزام قناة السويس ولم يمار أحد في طبيعته . ومن ذلك أيضاً عقود البترول .

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري عقد الالتزام في حكمها بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٥٦ بأن « ... التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بقتضاء بالقيم على ثقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح .

فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم بنقلات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المتفعين . » (١) .

عقود البتوت B.O.T بين المانع والمحوف .

تتبدى أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة في كونها تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقامة فيه . وبذلك يكون أكثر قدرة على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية (٢) .

وعقود البتوت تهدف لتحقيق أمرين يتمثل الأول في تطوير وتوسيع

(١) حكم محكمة القضاء الإداري : في ٢٥ مارس - ١٩٥٦ - مجموعة المبادئ - السنة العاشرة - ص ٣٥٩ .

(٢) معسن أحمد الخطيرى : صليات الـ B.O.T الأسس - القواعد - الاتجاهات . بحث منشور في محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظم البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T - المرجع السابق - ص ٧٤

وتحسين أداء المرافق العامة القائمة . أما الثاني فيهدف إلى إنشاء مرافق جديدة بتمويل من القطاع الخاص . وهو في هذا المجال وذاك يؤدي إلى تحسين ظروف عمل الاقتصاد في دولة ما . وسوف نعرض أهم هذه المميزات .

١- تخفيف العبء من الموارد الحكومية للحدود :

ففى ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل بها مما يؤدي إلى أن تتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية . وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما يعنى إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجى الأمر الذى يؤدي إلى تحسين ميزان المدفوعات وتخفيض العجز فى الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبى.

٢- إقامة مشروعات ومرافق جديدة .

فهذه العقود تؤدي إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة . مما يؤدي إلى إتاحة مزيد من فرص العمل ، وضع أموال جديدة إلى السوق مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة ، فضلاً عن كونها تؤدي إلى خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الأنفاق أو غير ذلك من المشروعات التى تتم عبر هذه العقود .

٣- توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية :

نلك أن هذه العقود توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية^(١) ، فالقطاع الخاص الذى يضطلع بإنشاء وتشغيل المرافق له مصلحة محقة فى استخدام هذه التكنولوجيا سواء فى الإنشاء أو

(١) هالى سبرى للدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية -

التشغيل - وتحديثها بصفة مستمرة .

فضلا عن ذلك فإنه ينقل مخاطر تمويل إنشاء هذه المرافق أو تحسين ظروف العمل بها إلى القطاع الخاص مما يخفف العبء عن موازنة الدولة المحدودة الموارد ، كما أنها تغني عن لجوء الدولة إلى الاقتراض الخارجي وما يترتب عليه من اختلالات في الموازنة العامة وأعباء خدمة هذه الديون .

٤- استعادة الحكومات من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة :

فالإدارة الخاصة دائما أكثر فعالية وكفاءة من الإدارة الحكومية . مما يحسن من أداء هذه الخدمات ، وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين .

على أن هذه المميزات - في كثير من الأحيان - قد لا تتحقق فقد كشفت كثير من التجارب العملية أن الأحد بنظام البيوت قد مثل عبء اقتصاديا على الدولة النصفه في كثير من التجارب لأسباب كثيرة ومنها^(١)

١- لجوء المستثمر سواء أكان أجنبيا أم محليا إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلا من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج . مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي ، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية .

(١) حمدي عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق - بحث منشور في محند متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية - المرجع السابق ص ١١٦ .

وهو الأمر الذى حدث عند تنفيذ عقد B.O.T بإنشاء محطات كهرباء سيدى كرير . حيث حصلت شركة المشروع من أحد البنوك الوطنية على قرض قدره ١٧٢ مليون دولار بدلا من تحويل هذه الأموال من الخارج^(١) .

٢- إن المميزات الاقتصادية التى يهدف إلى تحقيقها عقد البوت B.O.T قد يصعب تحقيقها نظراً لزيادة أعباء الاستيراد من الخارج وتحويل المستثمر الأجنبى للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج دون أى قيود تلزمه باستثمار جزء من هذه الأموال فى الدولة المضيفة ، مما يؤدي إلى اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على مقدار السيولة فى السوق المحلية .

٣- الإفراط فى منح المنتزم المزايا المرتبطة بالعقد ، ومن ذلك التزام الدولة بشراء الخدمة وضمان الحكومة لسداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمة . وغالبا ما يكون هذا السعر مرتفعا جداً حتى تستطيع شركة للمشروع استرداد ما أنفقته وما يتبقى من ربح . ويكون هذا السعر بالعملة

(١) وهو الأمر الذى دعا وليس الجمهورية إلى التحذير من التوسع فى عقود B.O.T وكما فى ذلك : « إن الأعباء التى تتحملها مصر نتيجة قيام هذه المشروعات كبيرة لأنه بعد فترة يتم تحويل مكاسبها إلى الخارج بالعملة الصعبة » جريدة الأهرام ٢٠٠١/١١/١٢ العدد ١٩٧٩ : السنة ١٢٦ الصفحة الأولى وأعاد هذا التحذير مرة أخرى فى جريدة الأهرام فى ٢٠٠١/١١/١٥ ضارها المتر بما حدث فى محطة كهرباء سيدى كرير « فكل » يجب ألا يأتى أحد ويعمل نظمه B.O.T كما حدث فى الشركة التى عملت محطة كهرباء فى سيدى كرير واقرضت أموالاً بالعملة الصعبة من البنوك المصرية . لماذا فُتت فى ؟ نقد ضغظت على مالينا من عملة صعبة .. » .

الأجنبية التي تقوم شركة المشروع بتحويله إلى الخارج عن طريق حسابات
نهر في البنوك الأجنبية وهي حسابات تخرج عن رقابة البنوك المركزية في
الدول المضيفة .

وفى عقود التزامات الطرق السريعة التي طرحتها الحكومة
المصرية بنظام الـ B.O.T احتوتت العروض على تمليك الملتزم
مساحات شاسعة من الأراضي التي تقع على جوانب هذه الطرق . وهو أمر
قد يتجاوز قيمة هذه العقود لا سيما إذا أبرمت لمدد طويلة من الزمن .

٤ - ارتباط عقود البوت بالاحتكار لشركة للمشروع تشترط ذلك
حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها ، حتى تستطيع
أن تسترد ما أنفقته من أموال . ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار
من أضرار ومساوئ وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار ، فإن الدولة
للمضيفة تلتزم بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع كما يحدث في محطات
الكهرباء أو تضمن حداً أقصى من التشغيل كما يحدث في المطارات أو
الطرق .

٥ - ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق
الأمر بشراء الدولة للمنتج . وعلى سبيل المثال ؛ فإنه في قطاع الكهرباء
تم التعاقد على إنشاء وتشغيل محطات كهرباء كما يلي :-

- مشروع محطة توليد سيدي كرير بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد
عليه في ١٩٩٨/٧/٢٢ وبسعر شراء ٢,٥٤ سنت/كيلو وات
ساعة.

- مشروع محطة توليد خليج السويس بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد
عليه في ١٩٩٩/١٠/٣ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة .

- مشروع محطة توليد شرق بور سعيد بقدرة ٦٥٠ ميجاوات ، تم التعاقد عليه لى ١٠/٢/١٩٩٩ وبسعر شراء ٢.٢٧ سنت/كيلو وات ساعة^(١) .

ومن الملاحظ ارتفاع أسعار أول محطة والتي تم التعاقد عليها قبل المحطتين الأخيرتين بمئة على الأقل . على الرغم من أن المنطق يقضى بأن الأسعار ترتفع ولا تنخفض ~ وإذا علمنا أن كل سنت فى سعر الكيلو وات ساعة يكلف الدولة سنويا أربعين مليون دولار^(٢) . ففى مثل هذه الحالة تصبح لهذه الأسعار والفروق فيها دلالتها الخطيرة .

ويتعاضد هذا الانتقاد وتصل خطورته مدى أوسع إذا كان المستثمر (شركة المشروع) يقوم بتحويل جميع أرباحه إلى الخارج ولا يلتزم باستثمار أى جزء من هذه الأرباح فى الدولة المضيفة كما هو حادث فى أغلب عقود البوت التى أبرمتها الحكومة المصرية^(٣) . وهى حسابات تفتح خارج حدود الدولة التى ينفذ فيها لمشروع والنسب يطلق عليها OFF Shore ويتم فيها تحويل الأرباح إلى الخارج مباشرة حتى تكون هذه الحسابات بمنأى عن أية إجراءات اقتصادية أو سياسية تتخذ من قبل

(١) معتر كامل مرسى : « تقرير » بخصوص تجربة الكهرباء فى المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T - المرجع السابق ص ٨ .

(٢) المرجع السابق : ص ٧ .

(٣) هى التجربة المصرية فى مجال إنشاء المطارات بنظام B.O.T . راجع تقرير : مجدى موريس تخته - مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية - القاهرة ٢٧ - ٢٨ يناير ٢٠٠٦ .

سلطات الدولة المضيفة^(١) مع التزام صفر من السلطات الوطنية في الدولة المضيفة بتحويل هذه الأموال حسب العلة الأجنبية أيا كانت قيمتها وفي أي وقت تشاء شركة المشروع .

٦- إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لمدة طويلة ، قد تصل إلى تسع وتسعين سنة حسب التعديلات التشريعية الحديثة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٨ . وهو أمر شديد العظورة ، إذ أن عقداً يعقد لهذه المدة الطويلة من الزمن يقيد أجيالاً من بعدها أجيال ، ثم إنه قد يرتب أوضاعاً سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد ، ومثال ذلك ما حدث لمصر من جراء التزام قناة السويس الذي أبرم لهذه المدة وكان السبب الرئيسي في احتلال مصر سنة ١٨٨٢ والعدوان الثلاثي عليها سنة ١٩٥٦ .

وبعد فلنأخذ وإن كنا نرى جدية هذه المخاوف ، فإنها لا تعنى إغلاق الباب أمام هذه العقود ، وإنما يجب أن تتضافر جهود الفقه والمشرع في إصدار قانون يؤمن اللجوء إلى مثل هذه العقود ويعظم إيجابياتها ويحد من السلبيات التي تنتج عنها ؛ لمصلحة الوطن ولتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة . وليكن معلوماً تماماً أنه إذا كانت حاجة الدول النامية إلى رؤوس الأموال لتحقيق التنمية أمراً ضرورياً ، فإن حاجة هذه الأموال للعمل داخل أسواق هذه الدول أيضاً أمر ضروري لها ويحقق مصلحتها .

(١) سامي عبدالباقى : النهجان التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T المرجع السابق

غياب التنظيم التشريعي الشامل لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T واللجوء إلى المعالجة الجزئية

مع اتجاه الدولة إلى الخصخصة ، اتخذ عقد البوت مكاناً علياً بين الوسائل التي اعتمدت عليها الدولة في تحقيق ذلك . على أنه أصبح واضحاً أن الإطار القانوني لعقد التزام المرافق العامة كما نظمته القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون ٦١ لسنة ١٩٥٨ لا يتماشى مع هذه التطورات ؛ ذلك أن الإطار التقليدي لعقد الالتزام وفقاً لهذين القانونين لا يتفق في كثير من أحكامه ، خاصة ما يتعلق منها بسلطات الإدارة في عقد الالتزام ، وبالتحديد سلطاناً التعديل واسترداد المرفق قبل انتهاء مدة عقد الالتزام . وكذلك الأحكام التي تتعلق بتحديد حصة الملتزم في الأرباح وذلك ناتج من منغير أساسي في لتطورات الحديثة مؤداه أن الملتزم هو الذي يقوم بإنشاء المرفق وتملكه مدة الالتزام .

ولذلك كان لابد للمشرع أن يتدخل بتغيير هذا القانون بأخر أكثر حداثة وتطوراً ، يأخذ في اعتباره الاختلافات الأساسية بين عقد الالتزام بمفهومه وألياته التقليدية - كما سبق وعرضناه - وبين عقود البوت B.O.T وصوره المختلفة ؛ والتي تعتبر الصورة الحديثة والمتطورة لعقود الالتزام .

وعلى الرغم من أن الحكومة في الفترة الأخيرة اتجهت نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية في كثير من القطاعات مثل المطارات ومحطات الكهرباء والمياه والصرف الصحي

والطرق وغيرها^(١) . فإن التنظيم التشريعى لم يبارح مكانه . وأجبت

(١) بلغت المشروعات التي يجرى تنفيذها أو عرضها حتى نهاية عام ٢٠٠١ وفقا

لعمود الـ B.O.T كما يلى :

- ١- إنشاء مطار مرسى على بجنوب البلاد .
- ٢ ترسعات بمطار انقرة - صالة سقر .
- ٣ إنشاء مطار للرافرة .
- ٤ إنشاء مطار الواحات البحرية .
- ٥ إنشاء مطار العلمين .
- ٦ مطار شرق العوينات .
- ٧ مطار رأس سدر .
- ٨ مشروع إنشاء وصيف بترول بالإسكندرية .
- ٩ مشروع إنشاء ميناء للمخيلة (ميداب) .
- ١٠ محطة تداول حاويات بميناء شرق بور سعيد .
- ١١ إنشاء وصيف ومجمع بترولى بميناء دمياط .
- ١٢ إنشاء محطة تداول حاويات بميناء شمال العين السخنة .
- ١٣ تطوير ميناء العين السخنة .
- ١٤ إنشاء شركات حاويات شرق القنطرة وزيادة أطوال الرصيف .
- ١٥ تطوير ميناء الإسكندرية .
- ١٦ محطة توليد كهرباء سيدى كرير .
- ١٧ محطة الطاقة الشمسية بالكريما ، غاز طبسى .
- ١٨ محطة شرق القنطرة .
- ١٩ إنشاء خط سكة حديد القاهرة/التبين .
- ٢٠ إنشاء خط سكة حديد الأسمايلية/ رفح
- ٢١ إنشاء خط سكة حديد سيناء/ السلوم .
- ٢٢ خط سكة حديد السلوم/ وادى النطرون .

(=)

الدولة عن إصدار تشريع عام ينظم هذا التطور ، ونظراً لتصور الإطار القانوني التقليدي لعقود الالتزام ، استعاضت الحكومة عن تغيير هذا الإطار بمعالجات جزئية على الوجه التالي :

أولاً القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ للعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر :

ونصت المادة ٧ من هذا القانون على أن للهيئة أن تجرى جميع التصرفات والأعمال التي من شأنها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ، ولها أن تتعاقد مباشرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية ، وذلك طبقاً للقواعد التي تحددها اللائحة الداخلية .

وبحسب منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :-

أ - أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة العلنية .

ب - ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج - تحديد وسائل الإنفاق والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام وإطراء .

(=) المصدر : مركز معلومات مجلس الوزراء . منشور بمجلة الأهرام الاقتصادي - العدد ١٧١٥ - بتاريخ ١٩ نوفمبر ٢٠٠١ - ص ٣٤ .

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه - في حدود القواعد والإجراءات السابقة - قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة .

ثانياً - القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على ذات الشروط التي سبق ونص عليها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر .

ثم نصت المادة الثانية على أنه « مع مراعاة إشراف الهيئة المصرية العامة للطيران المدني على عمليات تأمين سلامة الطيران والقائمين عليها والتحقيق في المخالفات الخاصة بها ، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أي مكتب لمؤسسات النقل الجوي الأجنبية . ويكون للمنترم بالنسبة للمطارات وأراضى النزول محل الالتزام السلطات والاختصاصات المصنفة إلى الهيئة في المواد ١٨ ، ٢١ ، ٢٨ من قانون الطيران المدني ، وإلى السلطات المختصة بالطيران المدني في المادة ٥٧ من قانون رسوم الطيران المدني ، وذلك في حدود الشروط الواردة في عقد الالتزام .

ثم نصت المادة الثالثة على أنه « لا يجوز الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضى النزول محل الالتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات ، وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام .

ثم نصبت المادة الرابعة على أن « يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي الفزل مل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال ، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال » .

الثالث : القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة

وفي هذا القانون نصت المادة ١٢ مكرر على أنه : « استثناء من أحكام المواد ١ و ٣ و ٩ مكررا من هذا القانون ، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب ، أشخاصا طبيعيين أو معنويين ، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية ودارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية :

أ- أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلاية .

ب- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة .

ج- تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطرار .

د - يكون الملتزم ، في خصوص ما أنشأه من طرق ، سلطات

واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق في المواد ٥ ، ٦ ، ٨ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٥ (فقرة أولى) من هذا القانون ، بما في ذلك الحق من استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق وفي بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم الطريق والمارة ، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطريق وعلى المشروعات المشار إليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام ، على أن تؤول جميع المنشآت إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة .

وتكون الهيئة العامة للطرق والكبارى والنقل البرى هي الجهة المختصة ، دون غيرها ، باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المواد ٤ ، ٩ ، ١٨ (فقرة ثالثة) من هذا القانون .

هـ - الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التي تصدر في شأن استعمال الطرق العامة .

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه ، في حدود القواعد والإجراءات السابقة ، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات .

ويلاحظ على هذه التشريعات ما يلي :

الملاحظة الأولى : أنها صدرت لتعالج موضوعات جزئية . ولذلك فهي تقتصر للمعالجة الشاملة لتنظيم البوت . وقد اقتصررت هذه المعالجة أساساً بالاستثناء من القيود التي أوردتها القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . وهي إذ رفعت هذه القيود لم تضع

الضوابط المهمة التي تكفل نجاح هذا النظام فضلاً عن ضرورة المحافظة على حقوق الدولة في عقود البوت . على الرغم من أن الحاجة أصبحت ماسة وضرورية لوضع تنظيم قانوني شامل يضمن حقوق الدولة وحقوق المتعاقدين في الوقت نفسه .

للملاحظة الطافية : أن هذه التعديلات جميعها ذهبت إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة بعد أن كانت في القانون القديم ثلاثين عاماً .

ولقد كان التحديد الذي أتى به القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ أنهى عرفاً كان يجرى بمقتضاه منح الالتزامات لمدة كبيرة ، كانت تصل إلى تسع وتسعين سنة ، ولعل أشهر التزام في التاريخ هو التزام قناة السويس ، إذ أبرم لمدة تسع وتسعين سنة ، ولا يخفى على أحد ما سببه هذا العقد من كوارث لمصر لبدء من التدخل الأجنبي في شئونها إلى إغراء حكامها آنذاك بالاقتراض بصمان قناة السويس حتى غرقت الحكومة آنذاك في الاستدانة وتبع ذلك الاحتلال البريطاني لمصر .

ومن عجب أن نعود مرة أخرى إلى إطالة مدة الالتزام إلى تسع وتسعين سنة كما حدث في الأمثلة السابقة . ولا شك أن هذه العودة غير الحميدة لا تتفق مع الفكر القانوني الحديث الذي يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغت أهميته ممثداً عبر الزمن لمدة قرن من الزمان « تقريباً » يفيد أجيالاً من بعدها أجيالاً . وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية لشعب من الشعوب^(١) .

وهو ما ذهب إليه قسم التشريع بمجلس الدولة عند مراجعته

(١) مصطفى أبو زيد فهمي : الوسيط في القانون الإداري - الجزء الأول - ٢٠٠٠ -

لمشروع قرار رئيس الجمهورية بمشروع قانون بمنح التزام المرافق العامة لمياه الشرب والصرف الصحي وإنشاء جهاز تنظيم قطاع مياه الشرب والصرف الصحي وحماية المستهلك ، إذ قرر « .. وقد ارتأى القسم أن مدة الالتزام المنصوص عليها في البند (ب) من المادة الأولى من المشروع يمكن أن تصل إلى ٩٩ عاماً وهي مدة طويلة جداً تقرب من القرن من الزمان تغل فيها سلطة الدولة — بإرادتها المنفردة — عن تعديل بنود الشروط الاتفاقية في عقد الالتزام (طبقاً لما جاء في البند ب من المادة الأولى من المشروع) وهو ما يعد تقييداً لأجيال قادمة عن ملاحقة التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة في مجال حيوى مثل مجال مياه الشرب والصرف الصحي ، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تتجاوز ثلاثين عاماً ، وذلك استهداء بن نص عليه في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة »^(١) .

الملاحظة الثالثة : عدم وجود جهاز أو جهة تمارس الرقابة على الملتزم لكي تضمن الحكومة التزامه في تنفيذ العقد بما سبق الاتفاق عليه، وتتجلى أهمية وجود هذه الجهة إذا أبرم هذا العقد لمدة طويلة قد تصل إلى تسعة وتسعين عاماً . فإذا لم يلتزم المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد بالمواصفات والشروط المتفق عليها ، والتي تضمن عودة المرفق بعد انتهاء مدته إلى الجهة الإدارية بحالة صالحة للتشغيل . ومن ذلك مثلاً عدم التزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية في عملية الإنشاء ويساعده في ذلك وجود استشاري فني أجنبي يقدم له شهادة صلاحية غير مطابقة للحقيقة .

(١) منف رقم ٢٣/٢٠٠٠ بتاريخ ٢٩/٤/٢٠٠١ . (غير منشور) .

ويترتب على ذلك أن يصبح المشروع غير صالح للتشغيل عند تسلم الدولة له في نهاية العقد . ومثال ذلك أن كمية الخرسانة المستخدمة في إنشاء محطتي كهرباء سيدى كزير وفقاً لعقد البوت تقل بنسبة النصف عن كميات الخرسانة التي استخدمت في المحطتين اللتين أقامتتهما الحكومة المصرية قبل ذلك رغم أن استثماري المحطات الأربع شركة أمريكية واحدة . ولا شك أن ذلك يؤدي إلى أن المحطتين اللتين أنشأهما المستثمر عن طريق عقد التزام B.O.T يكونان غير صالحين عند نقلهما إلى الحكومة المصرية^(١) .

الارتفاع نحو تطبيقات عقود البوت دون أن وجود مثل هذا الجهاز الذي يقوم بالرقابة والمتابعة سوف يؤدي إلى تبيد الاستثمارات القومية ، ويصبح اللجوء إلى عقود البوت عبء على الاقتصاد القومى . وتبدو الاستفادة من مميزات عقود البوت في ظل هذا الفراغ التشريعى أمراً بعيد المنال .

لكل ما سبق : فإن الأمر بات ضرورياً أن يصدر المشرع تشريعاً حديثاً يواكب التطورات الحديثة لعقد التزام المرفق العام وتنظيم صوره الجديدة حتى تستفيد الدولة من المزايا التي توفرها هذه العقود .

الملاحظة الرابعة : أن هذه التعديلات التشريعية قد ألغت كافة القيود الواردة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والخاص بتحديد حدود قصوى لحصة الملتزم في الأرباح . بل إنها تعمل على كفالة حد أدنى من هذه الأرباح للملتزم حتى يستطيع أن يسترد ما أنفقه على المشروع . ومما تجدر ملاحظته في هذا الإطار هو ارتفاع سعر الخدمة التي يقدمها المرفق .

(١) حمدى عبدالعظيم : عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق - في محمد متولى (تحرير) إدارة مشروعات البنية الأساسية : المرحع السابق - ص ١١٨ .

مما تضطر معه الدولة إلى شراء هذه الخدمة بسعر مرتفع وبالعلة الأجنبية ثم تعيد بيعها مرة أخرى للمتلعين .

ملاحح أساسية لقانون الالتزام يجب مراعاتها :

وإذا كان تدخل المشرع المصري قد تأخر كثيراً لوضع الإطار التشريعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تمثل التطور الحديث لعقد الالتزام لكي ينظم اللجوء إليها ويحد من مخاطرها . فإن إصدار هذا التشريع أصبح ضرورة وطنية ويجب أن يراعى الأمور التالية :

أولاً : ضبط عمية اللجوء إلى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بحيث يكون الأمر في إطار محدد ومبين لأوجه النشاط التي تلاءم مع هذه العقود . حتى لا يؤدي الأمر في النهاية إلى سيطرة الأجنبي على مفاصل الاقتصاد المصري وسيطرته على خدمات ومرافق حيوية للوطن والمواطن .

ثانياً : إعادة النظر في إطالة أمد هذه العقود والتي يمكن أن يصل إلى سبع وتسعين عاماً . وهي مدة طويلة جداً . فالعقد الذي يستمر قرابة القرن من الزمان لابد أن يرتب أوضاعاً سياسية واقتصادية واجتماعية يصعب التعامل معه . ولذا في عقد التزام قناة السويس العظة والعبرة .

ثالثاً : ضرورة اشتراط في حالة كون شركة المشروع مستثمراً أجنبياً تحويل الأموال اللازمة لإنشاء المرفق من الخارج ، وأن يرتبط الأمر بضرورة استخدام تكنولوجيا ملائمة للبيلة المحلية .

رابعاً : إنشاء جهاز رقابي يتولى مراقبة إجراءات التعاقد . ووضمان وجود رقابة فاعلة للدولة أثناء إنشاء وتشغيل المرفق ومراجعة برامج صياقته حيث لها في ذلك مصلحة محققة إذ يرتبط ذلك بقدرة شركة

المشروع على تنفيذ التزامها بنقل ملكية المرفق إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد .

خامساً : ضرورة أن تقوم شركة المشروع أثناء تشغيل المرفق باستثمار جزء من أرباحها في الدولة المضيفة بما لا يؤثر في حقها المشروع في استرداد ما أنفقته في بناء المرفق أو يحق لها الأرباح المعقولة وهو أمر تتبدى أهميته في ظل عقود البوت التي تطبق لمدة طويلة من الزمن .

بهذه الضوابط وغيرها يمكن لعقود البوت أن تمثل إضافة للاقتصاد الوطنى ، وبغيرها تصبح هذه العقود مغرماً يضيف إلى الاقتصاد الوطنى أعباء جديدة ومجهولاً نمير نحوه ولا ندرى ما هى حقيقته .

المبحث الثانى

عقد الأشغال العامة

أولاً : تعريف عقد الأشغال :

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعى أو معنوى يقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة ويقصد تحقيق المصلحة العامة في نظير مقابل يحدده العقد .

والى ذلك ذهبست محكمة القضاء الإدارى حيث تقول « .. عقد الأشغال هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة قسى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام وتحقيقاً لمصلحة

هامة مقابل ثمن يحدد في العقد...»^(١).

ثانياً : شروط عقد الأشغال .

وعلى ذلك يجب أن يتوافر في عقد الأشغال عدة شروط كما يلي :

١- يجب أن يكون موضوع العقد عقاراً .

ف عقد الأشغال لا يأتي على منقول تملكه الإدارة . وإنما هو يتعلق بعقار بناءً أو ترميماً أو صيانة . ويلحق بالعقار في ذلك العنبر بالتخصيص كإنشاء خطوط تليفونية ، ومد أسلاك الكهرباء وغير ذلك .

٢- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام

وعلى ذلك فيجب أن تكون الأعمال محل عقد الأشغال مقررّة لصالح ولحساب شخص معنوي عام . وفي هذه الحالة يستوى أن يكون هذا الشخص هو الملك للعقار أم لا ، فيكفي في هذه الحالة أن يكون للشخص المعنوي العام إشراف مباشر على الأعمال موضوع العقد .

٣- يجب أن تهدف الأشغال محل العقد لتحقيق نفع عام .

فأعمال الأشغال العامة يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة والنفع العام . كإنشاء المستشفيات لعلاج المرضى أو إنشاء المدارس وغير ذلك .

وفي بذات الأمر ربط القضاء الإداري بين فكرة عقد الأشغال والأعمال التي تدخل في نطاق المرفق العام . أي على عقارات تدخل في

(١) محكمة القضاء الإداري - حكمتها في القضية ٢٨٤ لسنة ٨ في يناير ٢٣ ديسمبر

إطار المرافق العامة . ولكن سرعان ما أنفك هذا الترابط بين الفكرتين .

وارتبطت فكرة الأشغال العامة أيضاً بالأموال العامة . فكل عقود الأشغال التي تتعلق بالدومين العام تعتبر عقوداً إدارية . أما إذا تعلقت هذه العقود بالدومين الخاص فإنها تكون عقوداً مدنية .

على أنه سرعان ما انفصلت فكرة الأشغال العامة عن فكرتي الحرفق العام والأموال العامة . وأصبح كاف وحده أن تتحقق للإدارة من وراء العقد مصلحة عامة .

المبحث الثالث

عقد التوريد

يعرف عقد التوريد بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعوية العامة وأحد الأفراد أو الشركات على توريد منقولات لازمة لمرافق عام مقابل ثمن معين . وهو المعنى الذي رتبته محكمة القضاء الإداري في أحكامها ففي حكمها بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٥٢ ذهبت إلى أن عقد التوريد هو «اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرافق عام مقابل ثمن معين»^(١)

وعلى ذلك فإنه على خلاف عقد الأشغال العامة الذي لا يرد إلا على عمار فإن عقد التوريد يتعلق دائماً بمنقول . كاللبضائع ، والمواد الغذائية

(١) محكمة القضاء الإداري - بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٥٢ المجوعة من ٧ من ٧٦ .

والأجهزة الطبية وغير ذلك .

كما أن عقد التوريد يختلف عن استيلاء الإدارة على المنقولات المملوكة للأفراد . فالأول يتم رضاء وبالاتفاق بين الطرفين أما الثاني فيأتي حصباً ولضرورة ملجئة تحكم على الإدارة القيام بذلك .

وعقد التوريد ليس عقداً إدارياً بطبيعته كما الأمر بالنسبة لعقد الالتزام وعقد الأشغال . وإنما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية أى إذا توافرت فيه عناصر وجود العقد الإدارى كما سبق وحددناها ومن ثم فإن عقد التوريد قد يكون مختبياً كما قد يكون إدارياً .

وقد يختلط عقد التوريد بعقد آخر . وفى هذه الحالة يسرى على كل عقد الأحكام الخاصة به وهو ما تقرره المحكمة الإدارية العليا حيث تقرر أن مثار المنازعة انصب كله على إصلاح الدارجات البخارية «المونوسيكلات» وعلى توريد وتركيب كل ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقابض وما إلى ذلك واستكمال القوائيس والإشارة الحمراء ولما كان التوريد فى هذا العقد ذا شأن محسوس منه حيث قيمته وأهميته بجانب العمل فإن العقد ينطوى على مزيج من مقولة الأعمال والتوريد ، تقع المساولة على أعمال الإصلاح وتنطبق أحكامه عليه ويقع للتوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق به»^(١).

(١) للمحكمة الإدارية العليا - ١٩٦٩/١/٢٥ الموسوعة ج ١٨ ص ١١٤٢ .

الباب الثانى

إبرام العقود الإدارية

إبرام العقود الإدارية

من المسلم أن العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد أحداث أثر قانوني معين . على أنه إذا كانت أطراف العقد المدني يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم في تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه - كقاعدة عامة - فإن الأمر يختلف كثيراً بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفاً فيه تهرمه باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام مستخدمة في ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف من ورائه إدارة مرفق عام أو تسييره . ومن ثم فإن المشرع حدد نظاماً معيناً للعقد الإداري يحكمه في مراحله المختلفة بدءاً من ضرورة رصد الاعتمادات المالية ثم قواعد إبرامه ، وبعد ذلك كيفية تنفيذه وتحديد آثاره .

ولأهمية عملية تكوين العقد الإداري فإن الفواتين المعطية في الدولة تنظم هذه عملية بدءاً من الإجراءات التمهيدية لترمة قبل التعاقد مثل الآن المالي أو الموافقات السابقة وغيرها .. مروراً بأساليب التعاقد الإداري كالمناقصة والمزايدة بأنواعها المختلفة والممارسة والاتفاق المباشر وغير ذلك من النظم التي قد ينص عليها القانون وانتهاء بالتصديق على العقد واعتماده ودخوله في طور التنفيذ .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلي :

الفصل الأول : الإجراءات السابقة للتعاقد الإداري .

الفصل الثاني : أساليب إبرام العقود الإدارية .

ونلك كما يلي :

الفصل الأول

الإجراءات السابقة على التعاقد

- تتمثل الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري فيما يلي :
- أولاً : تقدير الاحتياجات الفعلية والضرورية بسير العمل والإنتاج داخل الوحدة الإدارية
- ثانياً : الاستشارة السابقة .
- ثالثاً : توافر الاعتماد المالي .
- رابعاً : التصريح بالتعاقد .
- وسوف نبحث كل منها في مبحث مستقل .

المبحث الأول

تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة

تتمثل أولى خطوات إبرام العقد الإداري للتمهيدية في قيام الجهة الإدارية الراغبة في إبرام العقد الإداري بتقدير احتياجاتها الفعلية والضرورية . وهو الأمر الذي تنص عليه اللائحة التنفيذية في المادة الأولى «يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير العمل أو الإنتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة مع مراعاة مستويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف ، ولا يجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها أو بديلة عنها تفي بالغرض» .

والغرض من هذا التحديد والتقدير لحاجة الجهة الإدارية قبل طرح
هو الحفاظ على موازنة الجهات الإدارية وضمان استخدامها الاستخدام
الأمثل . وحتى لا تدفع الجهات الإدارية في تعاقدات تستنزف المال العام
دون أن تكون بحاجة إليها .

ويرتبط بهذا الإجراء الأولى ما قرره القانون من حق الجهة الإدارية
في تعديل العقد سواء بزيادة التزامات المتعاقد معها أو بانقاصه وفقا لنص
المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتي تنص
على أنه «يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو
النقص في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بلد بذات الشروط والأسعار دون أن
يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأى تعويض عن ذلك .
ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة
الواردة بالفقرة السابقة . ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على
موافقة السلطة المختصة بوجود الاعتماد الملقى اللازم وأن يصدر التعديل
خلال فترة سريان العقد والا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب
عطاءه .

وفي مقاولات الأعمال التي تقتضى فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود
مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره فيتم التعاقد معه على
تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الاتفاق المباشر وبشرط
مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق» .

فمن الواضح أن هذه المادة تعالج قصور الإدارة في تحديد
احتياجاتها قبل التعاقد .

وهذا القصور قد يكون مرده حالة الضرورة وفي هذه الحالة فإن

التعديل نص القانون على أن يكون بغير تعويض إذا ما كان هذا التعديل في حدود نسبة الـ ٢٥% التي نصت عليها اللائحة وهو أمر محل نظر لدينا إذ أن العدل والمطلق يقتضى أن تعوض الإدارة المتعاقد معها عن أية أضرار أو فروق في الأسعار تكبدها نتيجة هذا التعديل .

وقد يكون مرده سوء تقدير جهة الإدارة لتجديد احتياجاتها قبل التعاقد وفي هذه الحالة يجب على جهة الإدارة أن تتحمل تعويض الطرف الأخر عن كافة الأضرار التي يمكن أن تحدث له نتيجة امتداد أو انحسار العقد وفقا لما نصت عليه المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية . وهو الأمر الذي ذهبت إليه لجنة الفتوى لوزارة الداخلية إذ قررت عدم جواز إساءة الجهة الإدارية لحقه في تحديد احتياجاتها بالتناقص حجم التعاقد مع إعطائها لنفسها حق إعادة حجم التعاقد إلى وضعه الأصلي أو زيادته بنسبة ٢٥% خلال عام من تاريخ التعاقد^(١) .

ومن ذلك يتضح أن حسن تقدير الإدارة لاحتياجاتها يؤدي إلى انضباط العقد سواء في مرحلة إبرامه أو في مرحلة تنفيذه وهذا التقدير والتحديد لاحتياجات الجهة الإدارية يتصل به مرحلة أخرى أكثر أهمية وهي مرحلة تحديد المواصفات اللازمة لما سيطرح للتعاقد وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل عند دراسة كراسة الشروط والإعلان عن المناقصة .

(١) فتوى رقم ٤٠٥ لسنة ١٩٨٩/٧/١٠ ملف رقم ١٢٧/٢٤ بشار إليه في أحمد منصور: المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات - المراجع السابق - ص ٢٥.

المبحث الثاني

الاستشارة السابقة

يفرض القانون أحيانا على جهة الإدارة أن تستشير جهة معينة قبل أن تبرم عقودها وذلك تحقيقا لاعتبارات يقدرها . فقد يكون ذلك لاعتبارات قانونية تستدعي ضرورة اللجوء إلى جهة متخصصة قادرة على الصياغة القانونية للعقد أو لاعتبارات فنية تستلزم اللجوء إلى جهة متخصصة في موضوع العقد .

وهذه الاستشارة السابقة قد تشمل جميع الجهات الإدارية في الدولة ومن ذلك ما نص عليه قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة ٥٨ والتي تنص على أنه «لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجبر أي عقد أو صلح أو تحكم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بعير استعانة الإدارة المختصة»^(١).

وقد كانت المادة ٣٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ بشأن المناقصات والمزايدات العامة تكرر ذات الحكم الذي تقرره المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة . ولكن القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ جاءت نصوصه خالية من مثل هذا النص . إلا أن ذلك لا يغير من ضرورة التزام الجهات الحكومية بأحكامه نظرا لوروده في قانون مجلس الدولة ، وقد كان تكرار الأمر في قانون المناقصات تحصيل حاصل وذكر لمفهوم .

وقد تكون الاستشارة مقصورة على جهة محددة ومن ذلك ما نص

(١) سليمان الطلاوي . الأسس العامة - المرجع السابق - ص ٣٥٩ .

عليه قانون الإدارة المحلية فى المادة ١٣ على تخويل المجلس الشعبى المحلى للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة :

- ١ - الأشراف والرقابة على أعمال ونشاط هذه المجالس .
- ٢ - التصديق أو الاعتراض على القرارات التى تصدر من هذه المجالس فى الحدود التى تقرها اللجنة التنفيذية .

والنجوء إلى طلب الاستشارة قد يكون ملزماً وقد يكون غير ذلك .
على أنه فى جميع الأحوال لا تكون جهة الإدارة ملزمة باتباع ما نصت عليه الفتوى إلا حين يلزمها القانون بذلك فالأصل أن الفتوى غير ملزمة وإن كانت لازمة .

المبحث الثالث

الاعتماد المالى

من المسلم أن الإدارة - بصفة عامة - لا تستطيع أن تمارس نشاطاً يتكلف أعباء مالية إلا إذا وجد الاعتماد المالى المخصص لذلك فى الموازنة العامة . وإبرام الإدارة للعقد الإدارى يخضع - بطبيعة الحال - لهذه القاعدة . وهو الأمر الذى تنص عليه المادة ٢٤ من قانون الموازنة العامة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٣ على أنه لا يجوز استحداث نفقات غير ولودة بالموازنة إلا بعد الرجوع إلى وزارة المالية والاقتصاد والتجارة الخارجية وموافقة مجلس الشعب وصدر القانون الخاص بذلك .

وفضلاً عن ضرورة توفر الاعتماد المالى حتى تشرع الإدارة فى إبرام عقودها فإنه يجب عليها أن تتبع القواعد القانونية التى تحدد كيفية

استخدامه .

وعلى الرغم من أهمية توافر الاعتماد المالي كإجراء تمهيدى حتى تلجأ الإدارة إلى إبرام العقد لتوفير احتياجاتها فإن تخلفه أمر لا يؤثر على صحة إبرام الإدارة لعقودها . ومرد ذلك صعوبة علم المتعاقد مع الإدارة بوجود هذا الاعتماد من عدمه نظراً لتعلق الأمر بأمور داخلية لدى الإدارة فضلاً عن تطلب علم للمتعاقد بذلك قد يؤدي إلى تأخر إبرام الإدارة لعقودها مما يؤثر سلباً على انتظام واطراد سير المرافق العامة^(١) . وعدم تأثير تخلف الاعتماد المالي أو تأخره على العقود التى أبرمتها الإدارة يربط نتيجتين هامتين :

الأولى : أن توافر الاعتماد المالي لا يلزم الإدارة بالتعاقد فوجوده ليس إلا إذنا غير ملزم للإدارة بالتصرف ، فقد تجد الإدارة في عدم التعاقد رغم وجود هذا الاعتماد المخصص لتحقيق المصلحة العامة .

الثانية : أن إبرام الإدارة لعقودها رغم تخلف الاعتماد المالي لا يؤثر في صحة العقد الإدارى ، إذ أن وجود هذا الاعتماد من عدمه أمر لا يتصل بشروط صحة أو نفاذ هذا العقد . ولا يعدو تخلف الاعتماد المالي أن يكون مخالفة إدارية خارج نطاق العقد يتحمل وزرها المسئول عنها .

على أن تخلف الاعتماد المالي فى مثل هذه الحالة إنما يترتب أثراً هاماً وهو عدم قدرة الإدارة على دفع ما يترتب عليها من التزامات مالية تنتج عن العقد إلا بعد توافر هذا الاعتماد.

وفى حكم لها أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها « فالثابت فى

(١) فتحي فكرى : محاضرات فى العقود الإدارية - ١٩٩٤ - ص ٤٣ .

فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير - كعقد الأشغال العامة أو التوريد مثلاً - ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى لو لم يكن للبرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال ، أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد ، أو لو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه . فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وإنما قد تستوجب المسؤولية السياسية . وعلة ذلك ظاهرة ، وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فرنسية ذاتية وليست تنظيمية عامة ويجب من ناحية حماية هذا المير ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة ، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود هذا الغرض ، كل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها . ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ، ولتعطل سير المرافق العامة^(١).

المبحث الرابع

الإذن بالتعاقد

لأهمية بعض العقود الإدارية يستلزم المشرع إبرامها حصول الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد على إذن بذلك من جهة يحددها. فثمة

(١) المحكمة الإدارية العليا - ١٩٥٦/٢/١١ المرسوعة الإدارية تحديثه ج- ٢٣ -

عقود إدارية لا يجوز لجهة الإدارة أن تبرمها إلا بعد موافقة البرلمان وثمة عقود أخرى تتطلب موافقة جهة إدارية أخرى ، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

تطلب موافقة البرلمان لإبرام بعض العقود الإدارية

نظراً لأهمية بعض العقود الإدارية التي قد تتصل بالمصلحة العليا للبلاد أو تمس الأمن القومي أو يترتب عليها التزامات تستمر مدة طويلة من الزمن فإن المشرع الدستوري تطلب لإبرام هذه العقود موافقة البرلمان وقد جرت الدساتير المصرية على هذا النهج^(١) أففى دستور ١١ سبتمبر ١٩٧١ وردت هذه النصوص لتكرس هذا المبدأ .

مادة ١٢١ لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب » . مادة ١٢٣ «يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق للعامة كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك» .

وعلى ذلك فإنه وفقاً لهذه النصوص لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تقدم على إبرام مثل هذه العقود إلا إذا توافرت الموافقة المسبقة من البرلمان وذلك تحقيقاً للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة . بل إن مجلس الدولة المصري حرصاً منه على هذا المبدأ فقد أحمله على الرغم

(٢) راجع المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ والملايين ٩٦ ، ٩٨ من دستور ١٩٥٦ والمادة ٧٢ ، ٧٤ من دستور ١٩٦٤ .

من سقوط دستور ١٩٢٣ بعد قيام ثورة ٢٣ يوليه وقبل صدور دستور ١٩٦٠
يناير ١٩٥٦ إذ أفتى قسم الرأى فيه مجتمعاً بما يلى :

«استقراء أحكام الدساتير المقارنة - لا سيما البلجيكي والفرنسي -
يبين أن هناك عرفاً دستورياً مستقراً يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية
على السلطة التنفيذية فى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو
استغلال موارد الثروة الطبيعية غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل
تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية الهامة .

المطلب الثانى

تطلب موافقة جهة إدارية قبل إبرام العقد

وفى هذه الصورة يتطلب المشرع ضرورة موافقة جهة إدارية أعلى
قبل إبرام العقد وهى صورة كثيرة الحدوث عملاً ويصعب حصر حالاتها .
وتهدف إلى تحقيق رقابة ذاتية لجهة الإدارة بحيث تراقب الجهة الأعلى ما
دونها من الجهات الإدارية حينما تلجأ الأخيرة إلى إبرام عقودها . ولعل أهم
تطبيقات هذه الصورة تتبدى فى علاقة الإدارة المركزية بالهيئات الإدارية
التي تخضع لرقابتها الوصائية سواء أكانت هذه الهيئات إقليمية أم مرفقية .
ومن أمثلة ذلك ما ورد فى القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ فى المادة ١٤ منه
على أنه « يجوز للمجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء - التصرف
بالمجان أو التأخير بإيجار أسمى أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص
الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية فى حدود خمسين ألف جنيه فى السنة
المالية الواحدة لغرض ذى نفع عام » .

كما تنص المادة ٤٢ فقرة ٤ على أنه لا يجوز التصرف بالمجان فى

مسأل من أموال المركز أو تأجيرده بإيجار أسمى أو أقل من أجر المثل فيما
يجاوز خمسين ألف جنيه في السنة الواحدة إلا بموافقة مجلس الوزراء .

المطلب الثالث

أثر مخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد

سبق وأن علمنا أن مخالفة الإدارة للقواعد التي تنظم ضرورة
وجود اعتماد مالي قبل التعاقد أو القواعد التي تحدد إجراءات صرفه لا
تؤثر على العقد الإداري وأن العقد على الرغم من مخالفة الإدارة في مثل
هذه الحالة يظل صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية سواء في مواجهة الإدارة أو
في مواجهة المتعاقد معها .

لا أن الأمر مختلف تماماً في حالة إبرام الإدارة للعقد دون الحصول
على الإذن بالتعاقد . فوجود الإذن ضروري لقيام الرابطة للعقدية . فتعاقد
الإدارة دون حصولها على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً^(١) .
وهو الأمر المسلم في الفقه الإداري الفرنسي وذلك نظراً لأن
القواعد المتعلقة بالإذن السابق تتعلق بالنظام العام^(٢) .

وبهذا الرأي استقر مجلس الدولة فقد ذهب قسم الرأي فيه في فتاواه
إلى أنه « إذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة
التنفيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب
وإنما تكون منعدمة إطلاقاً ، إذ أن أفراد السلطة التنفيذية الممثلة في

(١) سليمان طماري - الأسس العامة - المرجع السابق - ص ٣٤٢ .

(٢) De laubader. Moderne et Devolvé, op. Cit p. 482.

مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع ، يعتبر منها بطلاناً على السلطة التشريعية بعدم إرادة الدولة ، ومتى انقضت الإرادة للحي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد يكون العقد باطلاً مطلقاً في نظر القانون . وإنما هو واقعة مادية بحث وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار^(١) .

وهو ما سبق أن قررهُ أيضاً قسم الفتوى مجتمعاً بقضايا بتاريخ ١٨/٥/١٩٥٠ حيث بين أن «الاختصاص في القانون العام يقبل الأهلية في القانون الخاص . وكما يشترط لكي يكون التصرف الفردي صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لإبرامه . كذلك يشترط لصحة التصرف الإداري أن يكون الموظف الذي يصدر منه هذا التصرف مختصاً وأن يكون موضوعه جالزاً ومشروعاً وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التي ينص عليها القانون . على أن الاختصاص في القانون العام أضيق نطاقاً من لأهلية في القانون الخاص إذ الأصل في القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك . أما في القانون العام فالأصل أن الموظف غير مختص بها إلا بالنسبة إلى المسائل التي ينص على اختصاصه بها ، وفي الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية في الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية فالترامها باطل بطلاناً مطلقاً لعدم اختصاصها به ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام البطل أثر^(٢) » .

(٣) فتوى قسم الرأي مجتمعاً بتاريخ ١٩٥٤/٩/٢٢ مجموعة الفتاوى الستة الثامنة

ومنتصف القاسمة ص ٢٢٦ .

(١) فتوى قسم الرأي مجتمعاً بتاريخ ١٩٥٠/٥/١٨ - مجموعة أبو شادي - ص ٨٦ .

الفصل الثامن

أنساب إبرام العقود الإدارية

تتعدد الوسائل التي تلزم الإدارة من خلالها إبرام العقد الإداري وقد وردت هذه الوسائل بنص المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كما يلي «يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ويصدر باتباع أي من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقا للظروف وطبيعة التعاقد . ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

أ - المناقصة المحدودة .

ب - المناقصة المحلية .

ج - الممارسة المحدودة .

د - الاتفاق المباشر .

ولا يجوز في أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية .

ويلاحظ أن القانون الجديد جعل من المناقصات العامة والممارسات العامة طريقان أساسيان للتعاقد على خلاف ما كان في ظل القانون السابق أو القوانين التي سبقت حيث كانت تمثل للمنافسة العامة الأسلوب الأساسي في إبرام العقود الإدارية .

ونمثل إجراءات التعاقد عن طريق المناقصة العامة القواعد العامة

لغيرها من الأساليب الأخرى ومن ثم سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول المناقصات وفي الثاني الأساليب الأخرى للتعاقد الإداري غير المناقصة العامة .

المبحث الأول

المناقصات

إذا كان القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات قد أحدث تطوراً جزئياً نحو إطلاق حرية الإدارة في التعاقد وذلك بإعطائها الحق في الاختيار بين أسلوب المناقصة العامة والممارسة العامة كأسلوب لإبرام العقد الإداري فإن المناقصة بأنواعها المختلفة تظل في الواقع العملي الأسلوب الأساسي في التعاقد الإداري على الأقل في بعض الحالات .

ونظراً لأهمية المناقصات فسوف نفصل دراستها على الوجه التالي:

أولاً: المبادئ العامة التي تحكم نظام المناقصة العامة .

ثانياً : كيفية إسناد التعاقد فيها . وذلك على الوجه التالي :

المطلب الأول

المبادئ العامة التي تحكم نظام المناقصة العامة

المبدأ التقيدي في التقدم للمنافسة العامة يعني حرية الدخول فيها والتقدم بعطاء ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة .

فإجراءات المناقصة العامة ما هي إلا دعوة إلى التعاقد تعلن عنها الإدارة بصورة حددها القانون وكفل في إجراءاتها تحقيق حرية المنافسة بين المتقدمين بعطاءاتهم في المناقصة.

فمنطق للمنافسة التقليدي يقضى بأن المتنافسين يتقدمون في مسابقة علنية بعروضهم في الحدود التي يحددها القانون أو تشتراطها جهة الإدارة كلما أمكن ذلك ما عدا السعر فإنه يكون محدداً تحديداً قاطعاً^(١).

ومبدأ حرية التقدم في المناقصة . يؤدي إلى ضرورة ضمان حرية المنافسة في إجراءاتها . فكل إجراء يؤدي إلى تقييد حرية المنافسة بين المتنافسين يؤدي في ذات الوقت إلى النيل من مبدأ حرية التقدم في المناقصة ، فلتطبيق العملي لهذا المبدأ يقتضى ضمان حرية المنافسة في إجراءات المناقصة العامة .

الفرع الأول

المبدأ الأول . حرية المنافسة

سوف نبين أولاً : مفهوم مبدأ حرية المنافسة في المناقصة العامة .
وثانياً : حدود مبدأ حرية المنافسة وسلطة الإدارة في الحرمان من دخول المنافسة .

أولاً : مفهوم حرية المنافسة :

حرية المنافسة تعني حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة

Le Clère (Julien) : Les Marchés de fournitures et de travaux (١)
publics, 1949 ,P. 64.

وفى الحدود التى يحددها القانون - ومبدأ حرية المنافسة بهذا المعنى يعد من المبادئ الحاكمة لنظام المناقصات العامة^(١) - وترتيباً على ذلك فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة التى أعلنت عنها طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التى تطلبها القانون . كما أن اتجاه الإدارة لتفضيل أحد المتقدمين على حساب آخرين يؤدى إلى بطلان هذا الإجراء إلا إذا كان هذا التفضيل مستنداً على أساس قانونى .

ولأهمية مبدأ حرية المنافسة فى إجراءات المناقصة العامة حرصت التشريعات المختلفة على النص عليه فى صلب القانون الذى ينظم عملية المناقصات والمزايدات قوفاً للمادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فى مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٨٨ يجب أن « يخضع كل من للمنافسة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة » .

وقد نقرر مبدأ حرية المنافسة بالنسبة للمنافسات والمزايدات فى عقود الدولة بمقتضى نص المادة ٨٥ من قانون العقود الفرنسى والمادة ٢٨١ بالنسبة للمنافسات والمزايدات فى العقود المحلية

ومبدأ حرية المنافسة يجب توافره سواء فى المناقصة المفتوحة أو فى المناقصة المحدودة . فالمناقصة المحدودة أو المقيدة تخضع لسائر القواعد الخاصة بالمناقصة المفتوحة عدا ما تعلق منها بمبدأ حرية الاشتراك فيها .

Quancard (Michel) : L'adjudication des marchés publics de (١)
travaux et de Fournitures : 1945, P. 52 et s .

ففي حين تتميز المناقصة المفتوحة بأن الاشتراك فيها يكون مكفولاً للناس كافة عن طريق الإعلان عن موضوع المناقصة والذي يتم في الجرائد والمجلات . فإن المناقصة المحدودة يقتصر الاشتراك فيها على الأفراد أو المشروعات التي قررت الإدارة درج أسمائهم في كشف خاص^(١) . فمبدأ حرية المناقصة يجب أن يكون مكفولاً سواء في هذه أو تلك .

ومبدأ حرية المناقصة - وإن كان يعني حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة - إلا أن الأمر لا يعني أن هذه الحرية مطلقة ، فثمة قيود قد ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بمالها من سلطة تقديرية ، تؤدي إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول للمناقصات العامة ، لكون أن يعد ذلك إخلالاً بمبدأ حرية المناقصة الواجب توافره في إجراءات المناقصة .

ثانياً : القيود التي تورد على مبدأ حرية المناقصة :

إذا كان مبدأ حرية المناقصة يعني حرية دخول المناقصة ، فإن هذا المبدأ يتحدد بما يكون للإدارة من سلطة في تقدير حرمان أحد الأشخاص أو للمشروعات من التقدم للمناقصات العامة التي تجريها . وقولنا الإدارة بالحرمان قد يكون مؤقتاً وقد يكون غير محدد المدة . وقد يكون مالياً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجريها الإدارة وقد يقتصر على بعضها .

وفي كل الأحوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول

(١) فزاد الخطأ - وسائل تعاقد الإدارة - نظرية المناقصة والممارسة - مجلة مجلس

العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم حتى ولو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التي حددتها الإدارة^(١).

وعلاوة على سلطة الإدارة في حرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة . فإن القانون قد ينص في حالات محددة على الحرمان كعقوبة تبعية .

وحرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة قد يكون حرماناً جزائياً وقد يكون حرماناً وقائياً . وذلك على التفصيل التالي :

ففي الحرمان الجزائي يكون تقرير الإدارة حرمان شخص معين - طبيعياً كان أو معنوياً - من دخول المناقصات العامة التي تدعو إليها بمثابة جزاء يوقع على هذا الشخص . وهذا الحرمان الجزائي قد يكون منصوصاً عليه في القانون كعقوبة أصلية أو تبعية . كما قد يكون جزاء مقررأ على الشخص الطبيعي أو المعنوي لسبق ارتكابه أخطاء أو جرائم في تنفيذ عمليات سابقة تعاقب عليها مع الإدارة .

وسلطة الإدارة في حرمان الشخص الطبيعي والمعنوي من الدخول في المناقصات المستقبلية التي تعلن عنها نتيجة أخطاء سبق لهذا الشخص إقترافها في تنفيذ عمليات سابقة مع الإدارة ، قد يكون منصوصاً عليها في العقد بأوضاع معينة وبشروط محددة . وهنا لا يكون قرار الإدارة بالشطب أو الحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط .

ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على قرار الإدارة بحرمان الشخص

(١) أحمد عثمان عباد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه

مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٢ - ص ١٥١ .

Q uanard (M.) : op. cit. p. 97.

من دخول المناقصات نتيجة لإخلاله السابق بالتزاماته العقدية أو استخدامه الغش أو تقديمه الرشوة بطريق مباشر أو غير مباشر لأحد موظفي الإدارة. فإن القضاء في إسباغ رقابته على قرار الإدارة بالحرمان يشترط أن يكون المتعاقد عالماً بالغش فأصداً التلاعب . وعلى ذلك فإن مجرد المخالفة في المواصفات التي لا ترقى إلى درجة الغش لا تهرس للإدارة حرمان الشخص من التقدم في المناقصات وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا «مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها مع الإدارة لا يشكل عساً أو تلاعب يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة للمتعاملين مع الإدارة ، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى في حقيقة الشئ ، المعلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها فهي هذه للحالة يتوافر سوء القصد للدال على استعمال الغش للمبرر للشطب»^(١).

وقضت أيضاً بأن « مخالفة مواصفات التوريد لا تعتبر غش ما لم يثبت أن المسورد كن على علم بهذه المخالفة وأتى من الأفعال ما يخلو المخالفة عن جهة الإدارة أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها متى ثبت أن المورد الذي يشتري الجبن من آخرين أو يتفق معهم على تصنيعه لا دليل على علمه بمخالفة الجبن للمواصفات أو اتفاقه على توريد جبن مخالف للعقد فلا يفترض فيه هذا العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذي يورده»^(٢).

(١) المحكمة الإدارية العليا - رقم ٩٢٩ لسنة ٩٠ ق ١٧ يونيو ١٩٩٧ المجموعة

من ١٢ ق ١١٩٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ٩ أبريل ١٩٨٥ القاضية

١٤٠ من ٩٢٥ .

أما في حالة الحرمان الوقائي تقوم الإدارة بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي من التقدم إلى المناقصات العامة^(١). وهو بذلك يختلف عن الحرمان الجزائي في أن هذا الأخير يكون علوبة تنقرر بنص القانون حيناً ونتيجة لإخلال الشخص المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية . بينما الحرمان الوقائي يكون بمجرد قرار إداري من الإدارة حيث تقدر بمطلق سلطتها التقديرية - حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي - من الدخول في المناقصات العامة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة .

والحرمان الوقائي قد يكون بنص القانون ، كما قد يكون صادراً عن الإدارة لاعتبارات تقدرها تحقيقاً للمصلحة العامة . وذلك كله على التفصيل الآتي :

يكون الحرمان الوقائي بنص القانون في حالة ما إذا قدر القانون بضرورة منع أشخاص محددين بصفاتهم من دخول المناقصات العامة والمزايدات وذلك حماية للمصلحة العامة . ومن ذلك دخول الموظفين العموميين وموظفي السلطات المحلية في المناقصات العامة .

ففي القانون الفرنسي تحظر لمادة الثامنة من المرسوم الصادر في ٤ فبراير ١٩٥٩ رقم ٢٤٤ على الموظف العم بالذات أو بالوسالة الدخول في مناقصات أو مزايدات في دائرة اختصاصهم .

وعلى هذا الحكم نصت المادة ٣٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « يحظر على العاملين بالجهات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون التقدم بالذات أو بالوساطة ببطاقات أو عروض لتلك الجهات .

كما يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال^(١) .

والحظر الذى يمنع على الموظفين الدخول فى المناقصات والمزايدات العامة يهدف إلى حماية المصلحة العامة ويعتبر حظراً مؤقتاً إذ أنه يزول بزوال سببه وهو انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

وتنص المادة ٩٥ من الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ على أنه «لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مدة عضويته أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة وأن يوجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو أن يقاضيهما عليه أو أن يبرم مع الدولة عقداً بوصفه مقررماً أو مظلوماً» .

كما أن هذا الحظر يعمى أيضاً بالنسبة لأعضاء مجلس الشورى وذلك تطبيقاً للمادة ٢٠٥ من الدستور : «والتي تقضى بأن «تسرى فى شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور بالمواد ٩٥» .

وهذا النص الدستورى واضح الدلالة على حرمان أعضاء مجلس الشعب والشورى من التقدم بعطاءاتهم فى المناقصات والمزايدات العامة وذلك للقائى بهم عن مواضع الشبهات . وتمكيناً لهم من ممارسة دورهم الرقابى على أعمال السلطة التنفيذية .

وعلى ذلك نرى أن ما تقرره المادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية

(١) أورد القانون على ذلك استثناء يتعلق بشراء للكتب من تأليفهم أو تكليفهم بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية .

لمجلس الشعب من أن «الحظر» الوارد بالمادة ٩٥ من الدستور لا يسرى على التعاقب الذي يتم طبقاً لقواعد تصري على الكافة». يصطدم مع نص الدستور الوارد بالمادة ٩٥ والذي يحظر بصفة عامة أى تعامل بين عضو مجلس الشعب والشورى وبين الدولة. كما أن الغاية من الحظر تكمن فى الحيلولة بين مركز العضو النيابى وبين التعاقب مع الدولة حتى لا يستغل وظيفته النيابية لأغراض تتنافى مع المصلحة العامة وهو أمر يمكن أن يتحقق حتى مع عمومية قواعد التعاقب^(١).

وفى ذلك نقول الجمعية العمومية تقضى الفتوى والتشريع بجلسته ٥ ديسمبر ١٩٩٠ ملف رقم ٧/١/٧١. فنص المادة ٩٥ صريح فى معناه ودلالته واضح فى حكمه من عبارته وما سيقت له ، وهو صادر عن نظر الدستور فى رتبة - إلى هذه البيوع والإيجارات والمناقصة والالتزام والتوريد والمقاولة من قبلهم مع الدولة فأراد دراها عنهم فحظرها كلية وعلى أى صورة كانت بثمن المثل أو القيمة الحقيقية [بعاداً لهم عن الشبهة وتزيتها عن الظن وهذا أذى لهم وأكفل بقيامهم بواجبات عضويتهم وعدم الإفادة خلال مدة عضويتهم من أية منفعة شخصية نتيجة لها ، أو تكون مظنة لذلك وأن فى ذلك لتوطيد بالثقة العامة بهم . وأن ما جاء بالمادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب لا يعتد به ويعول عليه فى إجازة ما حظره الدستور ونص عليه صراحة فى المادة ٩٥ منه مما يجب التزامه وعدم تعدى حدوده .

والحرمان الوقائى كما يكون بنص القانون . فإنه قد يكون بقرار

(١) لمى تجميع ذلك راجع مؤلفنا الوسيط فى القانون الدستورى ١٩٩٥ - ١٩٩٦ -
دار النهضة العربية ص ٤٥٢

يصدر عن الإدارة بما تملك من سلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء الإداري الذي يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة واحترافها عن الهدف الأساسي الذي حدده القانون وهو حماية المصلحة العامة .

وإلى ذلك ذهب قضاء مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر . فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن « الوزارة لها الحق وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لهم عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال ، وفراؤها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ، ولا يطعن عليه إلا إذا شابته عيب إساءة استعمال السلطة»^(١).

وفي نفس الاتجاه قضت المحكمة في حكم آخر أن «قرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة بهذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإداري ، وفيما للإدارة من سلطة في وضع مثل هذه القواعد التي تنظم أعمال المناقصة»^(٢) .

ويتفق هذا لقضاء مع قضاء مجلس الدولة لفرنسي والذي يرى أن قرارات الإدارة بالحرمان إنما تصدر عن سلطة تقديرية ، والتي لا يجوز للقضاء أن يعقب عليها مهما كانت الظروف التي يصدر بمناسبة قرار الحرمان^(٣) .

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٧٣٨ لسنة ٦٠ بتاريخ ٢٠ مارس

١٩٥٦ مجموعة المبادئ من ١٠ قاعدة رقم ٢٨٤ ص ٢٧١

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢١ أبريل ١٩٥٧ - في القضيةين ٢٩٤٦

لسنة ٧٠ و ٧٣٠ لسنة ٨٠ مجموعة المبادئ من ١١ - ص ٣٦٩ .

CE. 5 Juillet 1902 Vauthine Rec . P. 500 .

(٣)

الفرع الثاني

مبدأ العلانية

ومبدأ العلانية يعنى وضع مبدأ حرية المناقصة موضع التطبيق وهو الأمر الذى يستدعى بحث : الإعلان عن المناقصة ، وتحديد من له الحق فى المشاركة فيها وهو ما سوف نتناوله كما يلى :

أولاً : الإعلان عن المناقصة .

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراء أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصات العامة . ومن مقتضاه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التى يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة^(١).

وعلى ذلك فإن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد ، ومن ثم فإنه لا يحل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها^(٢). وعلى ذلك استقر القضاء الإدارى المصرى حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة ليتعقد العقد^(٣).

(١) Quancard (M); op. cit. P. 74 et s. Le clère (J); op. cit pp 68 - 69 .

(٢) De Laubedere : op. cit p. 594 .

(٣) المحكمة الإدارية العليا : جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧ - طعن رقم ٢٢٣ - س ١٠ المجموعة س ١٤ ص ١٦٦ وإلى ذلك تذهب محكمة النقض على حكم لها قضت (-)

ومبدأ علائقية المناقصة العامة يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة الواجب توافرها في إجراءات المناقصة العامة . إذ أنه يبين الإجراءات والشروط التي يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس على أساسها . وإذا كانت المناقصة - كاسلوب لإبرام العقد الإداري - تستهدف أن تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض شروطاً وسعراً . فلا شك أن الإعلان عن إجراءات المناقصة سوف يعمل على تحقيق هذا الهدف الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصة لإبرام العقد الإداري^(١).

ونظراً لأهمية الإعلان عن المناقصة ، فإن القوانين التي تنظمها دائماً تحرص على النص عليه صراحة . فلقد نص عليه المشرع الفرنسي في قانون العقود الإدارية وتطلب ضرورة توافره سواء في عقود الدولة (المادة ٨٤) أو بالنسبة للعقود التي تبرمها المحليات^(٢).

ومبدأ الإعلان نصت عليه المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات

(=) أن طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة في قائمة الاشتراطات لا يعتبر قانوناً إيجابياً منها ، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد أما الإيجاب فهو يصدر ممن يتقدم بمطابقته بالشروط المبينة » . نقض مدني في ٢٨/٢/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٩٩ ص ٧٢٠ .

Bonnard (R) : La passation des Marchés publics . Revue de (١) droit public et de la science politique n 59 , p . 159 .

Art : 84: les marchés par adjudication Comportent pbligatoirement, (٢) la publicité de l'ouverture des soumission et d l'ouverture des soumission et d l'attribution provisoire du marché.

Art 280; les marchés per adjudication Comportent obligatoirement I- la publicité de l'ouverture de somission et de l'attribution .

والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى مصر بقولها « تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة » .

١- موضوع الإعلان :

يتمثل موضوع الإعلان عن المنافسة فى البيانات اللازمة التى تمكن المخاطبين بإجراءات المنافسة من العلم بها والإلمام بكل تفاصيل وجزئيات التعاقد المزمع إبرامه مع جهة الإدارة^(١).

وفى القانون الفرنسى ينظم بيانات الإعلان بمقتضى القرار الوزارى الذى أصدره وزير الاقتصاد الفرنسى فى ٢١ يناير ١٩٧٦^(٢). وطبقا لمقتضى هذا القرار يجب أن يتضمن الإعلان بيانات تبين موضوع المنافسة مع الشروط الأساسية لها ، والجهة التى تسحب منها كراسات الشروط ويقدم إليها العطاءات ، وميعاد البت فى المنافسة وكذلك المستندات التى يجب تقديمها مع العطاء^(٣).

وفى مصر فإن المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الجديد تلص على « يجب أن تعد كل جهة قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك فى المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها كراسة خاصة بمستندات الطرح تشمل الشروط العامة والخاصة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم

(١) سعد شرفاوى - العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٢٦٩ .

(٢) J. O. 30 Janvier 1976 p. 765 .

De Laubabadere: op. cit. p. 596

(٣) Auby (Jean- François) : L'Europe des Marchés publics. A. J. D. A Avril 1990 p. 258 .

الأصناف أو الأعمال وملحقاتها. وهي ما اصطلاح على تسميتها بكراسة الشروط».

٢- تحديد شروط المناقصة :

من النادر عمليا أن يتضمن الإعلان عن المناقصة ، كافة المعلومات والشروط التي تحددها الإدارة لإجراء المناقصة . ولذلك فإن الإعلان عن المناقصة يحيل في تحديد موضوع المناقصة والشروط المتطلبة فيه وكالة بسلطاته إلى ما يعرف بكراسة الشروط التي تعدها جهة الإدارة بخصوص موضوع المناقصة . ولقد تضمنت قوائم الأصناف أو الأعمال . وفي واقع الأمر تتضمن كراسة الشروط كثيرا من أحكام العقد المزمع إبرامه بعد إتمام إجراءات المناقصة كما أنه كلما كانت في شروطها عامة مجردة كان ذلك تطبيق عمليا لمبدأ المنافسة . وضرورة التسوية بين من يوجه إليهم الإعلان في المناقصة^(١) .

وقد بينت المادة ٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كيفية تحديد هذه الشروط إذ نصت على أن «يكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة وتراعى المواصفات القياسية المصرية ومواصفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التي تصدرها أو تعتمد عليها للجهات الفنية المختصة . وفي الحالات التي يتم فيها الطرح على أساس عينات فيجب النص على وزنها أو مقياسها أو حجمها ، وفي الأصناف التي يلزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات

(١) De Laubadere : op. cit . p. 610 .

Quancard (m) : op. cit . p. 68 .

Le Clère (J) : op. cit p. 68 .

وسعتها ومواصفاتها . ويكون الطرح على أساس العينات النموذجية الخاصة بالجهة الإدارية في الحالات التي يتعذر فيها توصيف موضوع التعاقد توصيفا دقيقا ويجوز في هذه الحالة بيع نموذج منها لمقدمي العطاءات ويجب بالنسبة إلى مقاولات الأعمال إعداد الرسومات الفنية اللازمة .

ولا شك أن كراسة الشروط وما تحتويه من بيانات تمثل أهمية كبيرة في تشكيل موقف المقاتل أو المتعهد الذي يتقدم للتعاقد مع الإدارة وهذا يستلزم وجوب البحث في الطبيعة القانونية لكراسات الشروط . وهل تعتبر جزءا من العقد الذي يتم إبرامه بين أحد المتقدمين بعطاءاتهم ؟ وما هو حكم القانون في حالة التعارض بين نصوص العقد وما ورد في كراسة الشروط . أو في قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ؟

٣- الطبيعة القانونية لكراسات الشروط .

تعد كراسات الشروط التي تعدها الجهة الإدارية وتبين فيها قوائم الأصناف أو الأعمال موضوع المناقصة جزءاً لا يتجزأ من العقد وتمثل الشروط والمواصفات التي تحتويها أساساً للتعاقد بين جهة الإدارة ومقدم العطاء ، حتى ولو لم ينص على ذلك في مضمون العقد الذي تم إبرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها .

ولا يقدح في هذا النظر أن الإعلان عن الناقصة وطرح كراسة الشروط للمخاطبين بهذا الإعلان لا يمثل سوى دعوة للتعاقد ، ولا يتضمن إيجاباً من قبل الإدارة . فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء . على أن هذا الإيجاب لا يستتد معاملة وشروطه إلا بناء على الشروط والأحكام التي قررتها الإدارة ، في كراسة الشروط^(١).

وترتيباً على ذلك ، قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها أن « الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة للمعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك ، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا أراد الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء ^(١) .

وعلى ذلك فإن الشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط هي أساس التعاقد بين جهة الإدارة وأحد العطاءات المقدمة ، على أنه يجدر التساؤل عن الحل عند تعارض الأحكام المنصوص عليها في كراسة الشروط عن تلك التي وردت في قلمون المناقصات والمزايدات ولاحتته التنفيذية ؟

والأمثلة يخلو من أحد فرضين :

الفرض الأول : أن ينص العقد صراحة على الإحالة إلى نصوص قانون المناقصات ولاحتته التنفيذية . وهنا تكون هذه الشروط أساس التعاقد فعلى أساسها وفي ضوء أحكامها تقدم المتعاقد مع الإدارة بالعطاء .

الفرض الثاني : خلو العقد من الإحالة على نصوص قانون المناقصات ولاحتته التنفيذية فهنا لا تعتبر هذه النصوص جزءاً من العقد إلا بالقدر الذي لا يتخالف فيه مع نصوص العقد وما ورد بكراسة الشروط فإذا خالفته وجب تغليب نصوص العقد وما ورد في كراسة الشروط .

(١) المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم ٢٢٣ لسنة ١٠٠٠ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ مطابق للإشارة إليه .

وقد ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن لائحة المناقصات والمزايدات لا تعتبر جزءاً من العقد ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزءاً مكملًا له وأنه إذا تضمن العقد مخالفة صريحة لأحكام اللائحة فتكون العبرة بأحكام العقد نفسه^(١).

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها إلى أن الحكمة المتوخاة من النص على غرامات التأخير في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وأنه إذا تضمنت كراسة الشروط تحديداً لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة في حالة إخلاله بالتزاماته قبلها فإن مقدار الغرامة حسبما نصت عليه هذه الشروط يكون هو الواجب دفعه دون النص اللائحة^(٢).

ثانياً : تحديد من له حق الاشتراك في المناقصة

مبدأ المساواة الذي يحكم إجراءات المناقصة يتقيد بطبيعة المناقصة، فليس ثمة تعارض بين مبدأ المساواة وبين قصر الاشتراك في المناقصة على مقاولين محددين أو مشروعات محددة وهو ما يعرف بالمناقصات المحدودة أو المقيدة . أو قصرها على الأشخاص والمشروعات

(١) فتوى رقم ٤١٧ في ١٥/٤/١٩٦٧ - الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ١٨ ص ٩٧٢ .

(٢) الطعن رقم ٩٤ لسنة ٩١ جلسة ١٩٦٥/١٢/١١ المجموعة في ١٥ سنة المبدأ ١١٨ ص ٢٠٦ وحكمها في الطعن رقم ٨٥٨ لسنة ١٠٠ جلسة ١٩٦٨/١/٦ وحكمها في الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١٩٧٤/٦/٢٩ الموسوعة الإدارية - ١٨ ص ٦٩٣ .

المطوية داخل نطاق محافظة معينة وذلك في حالة المناقصة المحلية وذلك كما يلي :

فالمناقصة المقيدة ، تختلف عن المناقصة المفتوحة في أن حق الاشتراك في المناقصة المقيدة مقصور على أشخاص أو مشروعات معينة لدى جهة الإدارة في سجلات وكشوف تعد لهذا الغرض ، والمناقصة المحددة تخضع لذات القواعد التي تخضع لها المناقصة المفتوحة إلا ما يتعلق منها بطريقة توجيه الدعوة للدخول في المناقصة . ففي حين توجه الدعوة في المناقصة المفتوحة للكافة فإن هذه الدعوة تقتصر على أسماء الممولين المقيدين والموردين المسجلين لدى الإدارة في سجل خاص^(١). وتنص المادة ٢٦ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه «فيما عدا ما تقدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة للمنافسات العامة» .

والمناقصة المقيدة - وإن كان اللجوء إليها استثناء من أصل عام يفترض الأخذ بالمناقصة المفتوحة - إلا أنها تطوير حديث لنظام المناقصة العامة المفتوحة . وللتى من خلالها تستطيع الإدارة أن تتخير بعض الأشخاص أو المشروعات التي ترى كفايتهم من الناحية الفنية أساسا للتعاقّد معها في موضوع المناقصة .

وحددت المادة الثالثة من قانون المناقصات الجديد مجال الأخذ بها بنصها على ما يلي « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحددة في الحالات

De Laucadere : op . cit . pp. 617 et s.

(١)

Quaneard (M) : op . cit . p . 111.

التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج ، على أن تتوفر في شألتهم شروط الكفاية الفنية والعالية وحسن السمعة .

وحسب ما تقتضيه المادة ٣٤ من اللائحة التنفيذية يكون اللجوء إلى المناقصة المحدودة بقرار مسبب من السلطة المختصة .

وأخيرا المناقصة المحلية

أجاز القانون في المادة الرابعة منه اختيار الإدارة للمتعاقد معها عن طريق مناقصة محلية يعلن عنها داخل نطاق المحافظة . وفي هذه الحالة فإنه توجه الدعوة لأجبر عدد ممكن من المشغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ممن يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ التعاقد والذين تعتمد أسماؤهم السلطة المختصة من بين المقيدين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم وذلك بموجب خطابات موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الغسية بعشرة أيام على الأقل ، وفي حالة الاستعجال يتم إرسالها مع مخصص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة وفي أحكام هذه اللائحة (م ٣٧ من اللائحة التنفيذية) .

ويكون اللجوء إلى المناقصة المحلية في إطار ما يلي :

١ - ألا تزيد قيمة التعاقد موضوع المناقصة عن مئتي ألف جنيه .

٢ - تخضع المناقصة المحلية فيما عدا ما سبق للقواعد التي تخضع لها المناقصة العامة .

المدة	الإعلان	أسلوب التقاط
يجب ألا تقل المدة من تاريخ أول إعلان حتى تاريخ فتح المقاريف عن ٣٠ يوماً ويجوز تقصيرها إلى ٢٠ يوماً في حالات الاستعجال .	الإعلان مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسمعتي الانتشار .	المنافسة العامة
يكون ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المقاريف بخمسة عشر يوماً على الأقل .	الإعلان بخطابات موصى عليها لأكثر عدد من المقدمين بسجل الموردين أو المقاولين .	المنافسة المحدودة
قبل الموعد المحدد لفتح المقاريف بعشرة أيام وفي حالات الاستعجال ترسل المقاطعات مع مخصص قبل الموعد بثمان وأربعين ساعة على الأقل .	خطابات موصى عليها للموردين والمقاولين المقدمين في النطاق المطبق لجهة الإدارية والمشتغلين بنوع النشاط .	المنافسة المحلية
ألا تقل المدة عن ٢٠ يوماً من أول إعلان ويجوز تقصيرها إلى عشرة أيام في حالات الاستعجال .	الإعلان مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسمعتي الانتشار كما في المنافسة العامة	الممارسة العامة
ألا تقل المدة عن ١٥ يوماً وفي حالات الاستعجال يجوز إرسالها مع مخصص قبل الموعد بهـ٥ أيام على الأقل .	خطابات موصى عليها .	الممارسة المحدودة

الفرع الثالث

تقديم العطاء

يفتضى مبدأ حرية المنافسة الذى يحكم إجراءات المناقصة العلنية أن يتمكن جميع المقاولين والموردين الذين تتوافر فيهم الشروط من التقدم بعطاءاتهم إلى جهة الإدارة وفق الشروط وفى الحدود التى يحددها القانون أو تنص عليها كراسيات الشروط التى تعلنها جهة الإدارة .

على أنه إذا كان مبدأ حرية المنافسة يقتضى حتما بضرورة التسليم بحرية المقاول أو المورد بالتقدم بعطاءه . إلا أن القانون أعطى للإدارة سلطة تقديرية فى استبعاد العطاء الذى ترى لأسباب يحددها القانون أو تقدرها الإدارة استبعاد عطاء بعينه من التقدم فى المناقصة .

وعلى ذلك سوف نتناول فى هذا الفرع أولاً : كيفية إعداد العطاء وتحديد مرفقاته ، وثانياً : سلطة الإدارة فى قبول العطاء وذلك على الوجه التالى :

أولاً : إعداد العطاء ومرفقاته :

بعد الإعلان عن المناقصة على الوجه الذى سبق بيانه ، فإن المقاولين أو الموردين الذين يحق لهم دخول المناقصة العامة سواء كانت مفتوحة أو مغلقة يستطيعون تقديم عطاءاتهم فى الحدود التى حدتها الإدارة .

وكقاعدة عامة ، فإن إعداد العطاء إنما يكون وفقاً للشروط والقيود والمواصفات الفنية التى أعلنتها الإدارة . ويجب على مقدم العطاء أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التى حددتها جهة الإدارة الداعية إلى التعاقد .

كما أن القانون قد يشترط أن يقترن العطاء بمرفقات معينة وذلك

مقامين أو وثائق معينة . وعلى ذلك سوف نبحث هذا المطلب على فرعين الأول : نبحث كيفية إعداد العطاء والثاني نبحث فيه مرافقات العطاء .

١- إعداد العطاء :

إعداد العطاء وإن كان يخضع لإجراءات شكلية معينة تنص عليها اللوائح للمعينة بتنظيم المناقصات العامة أو تحددها جهة الإدارة في كراسة الشروط المصاحبة لإجراءات المناقصة .

وحسب ما استحدثه القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ للمنافسات العامة فإن يجب تقديم مظلوفين أحدهما فني والآخر مالي .

أ - تقديم عرض فني وعرض مالي :

العرض الفني :

حددت المادة ١٠ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ طريقة تقديم العطاءات وذلك بنصها على أن «تقدم العطاءات في مظلوفين أحدهما للعرض الفني والأخر للعرض المالي ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنياً وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي تبنتها اللائحة التنفيذية» .

وحددت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المفردات التي يجب أن يتضمنها المظلوف الفني بنصها على ما يلي «ويحتوي المظلوف الفني على التأمين المؤقت المطلوب بالإضافة إلى البيانات والمستندات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها للتحقق من مطابقة العرض الفني للشروط والمواصفات المطروحة وتوافر الكفاية الفنية والمقدرة المالية لدى مقدمي العروض بما يتناسب مع طبيعة موضوع التعاقد وعلى الأخص :

- جميع البيانات الفنية عن العرض المقدم ، طريقة التنفيذ ، البرنامج الزمني للتنفيذ ومدته ، الكتالوجات والبيانات الخاصة بمصادر وقوع المواد والمهمات والأجهزة المقدم عنها العرض ، بيان مصادر ونوع المواد والمهمات والمعدات والأجهزة التي تستخدم في التنفيذ ، قائمة يقطع هيار ومستلزمات التشغيل مع بيان معدلات استهلاكها .

- بيانات عن أسماء ووظائف وخبراء الكوادر التي سيسند إليها الإشراف على تنفيذ العملية . بيانات كاملة عن الشركات التي قد يسند إليها جزء من التنفيذ ، والمستندات الدالة على وجود مركز صيانة محدد ، - سابقة الأعمال وغير ذلك من البيانات التي تحدد مركز مقدم العطاء وقدرته على إنجاز الأعمال محل المناقصة .

العرض التالي :

نصت المادة ٨ من اللائحة التنفيذية على أن «... ويحتوى المظروف على فوائم الأسعار وطريقة السداد وقيمة الصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وغيرها من العناصر التي تؤثر في القيمة المالية للعرض وفقد نما تقتضى به شروط الطرح ...» وتحديد السعر يخضع لقواعد معينة حددها القانون . وهي كما يلي :

أ- ضرورة كتابة السعر بشكل معين :

فالمادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على فقرتها الأولى على أن « تكتب أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقماً وحرفاً باللغة العربية . ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل في الوحدة .

ويجوز في حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة في الخارج أن
تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية ويتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر
المعلن في تاريخ فتح المظاريف .

ووفقاً لذلك فإن القانون يشترط تحديد السعر بصورة تمنع أي
خلاف حول حدوده وقيمه فائتشرط بداءة أن يكتب بالحروف والأرقام وأن
يبين سعر الوحدة بخلاف السعر الإجمالي .

وإذا حدث خلاف بين السعر الإجمالي وبين السعر المحدد لكل وحدة
فإنه يأخذ بالسعر لكل وحدة . أما إذا حدث تعارض بين السعر المبين
بالأرقام والسعر المكتوب بالحروف فإنه ينبغي أن يؤخذ بالسعر المكتوب
بالحروف تفقيطاً .

ووفقاً لقصر المادة ٥٥ سائلة الذكر - يجب الالتزام بما يلي :

- لا يجوز التكتيش أو المحو في جدول الفئات وكل تصحيح في الأسعار
أو غيرها يجب إعادة رقم وحروفاً وتوقيعه .

- لا يجوز لمقدم العطاء شطب أي بند من بنوده أو من المواصفات
الفنية أو إجراء تعديل فيه مهما كان نوعه . وإذا رغب في إبداء
أية ملاحظات خاصة بالسواحي الفنية فيثبتها في كتاب مستقل
يتضمنه المظروف الفني .

ولا يلتفت إلى أي إدعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ في عطائه
إذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية .

- إذا سكت مقدم العطاء في مناقصات توريد الأصناف عن تحديد
صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه

فيعتبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول في المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف أما في مقاولات الأعمال فللجهة الإدارية مع الاحتفاظ بالحق في استبعاد العطاء أن تضع للبند الذي سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات فإذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقبولة دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك .

- يبين في قائمة الأسعار ما إذا كان الصنف مصنوعاً في مصر أو في الخارج ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم مقدم العطاء من سجل الموردين

- الفئات التي حددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشمل وتغطي جميع المصروفات والالتزامات أيما كان نوعها التي يتكبدها بالنسبة إلى كل بند من البنود وكذلك تشمل القيام باتمام توريد الأصناف وتنفيذ جميع الأعمال وتسليمها للجهة الإدارية والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقاً لشروط العقد وتكم المحاسبة النهائية بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملية والتعريف الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم الأخرى .

ب- ضرورة أن يكون السعر نهائياً :

وتعني بذلك أن يكون سعر الوحدة أو الوحدات محدداً بصفة نهائية لا رجعة فيه^(١) . ومن ثم فإنه لا يجوز أن ينص مقدم العطاء في عطاؤه على

خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة . فالمادة ٦٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرية تنص على «... ويعول على السعر المبين بالحروف ، ولا يعتد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية من أقل عطاء يقدم في المناقصة» .

وتطبيقاً لذلك ذهبت لإدارة الفتوى لوزارة الصحة إلى أن المادة (٦٢ من اللائحة المقابلة للمادة ٦٤ من القانون الجديد) قررت حكماً صريحاً قاطعاً في عدم الاعتداد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة وذلك مرده إلى أن المشرع جعل مبدأ المساواة بين المتنافسين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد أو استثناء وإلا اختل للتوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص من عندها^(١).

ج - زيادة الأسعار المقدمة في العطاء بقيمة الضرائب التي تستجد بعد تقديم العطاء .

تنص المادة ٦٦/د من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه «إذا حدث تغيير في التعريف الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التي تحصل عن الأصناف الموردة في المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم في غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما في حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المتعهد أنه

(١) فتوى رقم ٤٦ بتاريخ ١٥/٦/١٩٨٩ ملف رقم ٢٥/١/٦٨ . أحمد منصور ،

أدى الرسوم على أساس الفتات قبل التعديل» .

وقد عرض على الجمعية العمومية تقسيم الفتوى والتشريع إبداء
الرأى فى مدى أحقية إحدى الشركات فى الحصول على قيمة الزيادة فى
الرسوم الجمركية على الأجهزة المتعاقد عليها نتيجة تغير مقابل الدولار
الأمريكى الذى كانت تحسب عليه الرسوم من ٧٠,٧ قرشاً إلى ١٣٥ قرشاً،
فذهبت إلى أن «المشرع استهدف أن تتحمل الجهة المتعاقدة بقيمة الفرق
فى حالة زيادة الضرائب والرسوم الجمركية عما كانت عليه خلال لفترة
الواقعة بين العطاء وآخر موعد للتوريد دون تفرقة بين ما إذا كان سبب
هذه الزيادة هو زيادة التعريفات الجمركية أو زيادة سعر الصرف الذى كانت
تحتسب الرسوم الجمركية على أساسه كما هو الشأن بالنسبة لزيادة سعر
الدولار فى خصوص المحاسبة على الرسوم الجمركية فى لحالة
المائلة»^(١).

٢- مرفقات العطاء

قد يتطلب القانون مرفقات معينة يجب على مقدم العطاء أن يقدمها
مع عطاءه ومن ذلك ما تنص عليه المادة السابعة عشر من قانون
المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أنه «يجب أن يؤدى مع كل عطاء
تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغه ضمن شروط الإعلان بما لا يجاوز
٢% من القيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكام هذا
المبلغ» .

كما أن العطاء قد يفترن بتحفظات معينة تؤثر على أولويته وترتيبه

(١) فتوى الجمعية العمومية - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٧ ملف رقم ٣٧/٢/٣٥١ .

بين العطاءات وعلى ذلك سوف نتناول بالبحث : التأمين الابتدائي وأحكامه والمشاكل العملية التي يثيرها ، والتحفيزات المصاحبة للعطاء .

١- التأمين الابتدائي :

وضرورة وجود التأمين الابتدائي في الحالات التي استلزمه فيها القانون ، أمر في غاية الأهمية حيث يترتب على تخلفه أو عدم كماله بالصورة التي حددها القانون استبعاد العطاء والانتفاك عنه وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا «ومن حيث أن الثابت في الواقعة المعروضة أن العطاء الذي تم إرساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدماً من مؤسسة خاصة غير مصحوب بتأمين مؤقت كما لم يتم تدارك هذه المخالفة بسداد التأمين النهائي كاملاً الذي هو شرط للنظر في هذا العطاء ورغم ذلك فإن لجنة البت نظرت في هذا العطاء ولم تستبعده بل أرسى المناقصة عليه فإنه في هذا الشأن يعد مخالفاً للحكم الصريح الذي أورده المشرع^(١) .

وفصلت المادة ٧ من اللائحة التنفيذية على الأحكام التفصيلية للتأمين كما يلي «تؤدي التأمينات نقداً بإيداعها بحزبة الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمي يثبت في العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ وتقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من لمصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف الخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل وإذا كان التأمين خطاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقتزن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن

(١) حكمها في الصعن رقم ٢١٧٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ٣١/٣/١٩٩٠ - الموسوعة

الإدارية - ج ٢٥ ص ٢٠٩ .

يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أى معارضة من مقدم العطاء وعندما يرد لإحدى الجهات الإدارية خطابات ضمان عن التأمين المستحق من أحد المصارف المرخص لها فى إصدار خطابات الضمان أو فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على خطابات الضمان بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف فى إصدارها .

فإذا تبين عند مراجعة الإخطارات بوزارة الاقتصاد أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة الإدارية فوراً بمطالبة المصرف بأن يؤدي إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضمان نقداً وإذا كانت خطابات الضمان محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريان الخطاب عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات . وبالنسبة للتأمين النهائى يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء تنفيذ العقد بثلاثة أشهر إلا إذا اتفق على غير ذلك .

وبجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائى» .

وسوف نقوم بتفصيل أحكام التأمين الابتدائى على النحو التالى :

- أ- بيان صور التأمين الابتدائى .
- ب- كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائى .
- ج- الخطأ فى حساب قيمة التأمين لابتدائى .

د- حالات الإعطاء من التأمين الابتدائي .

وذلك كله على الوجه التالي :

١- صور التأمين الابتدائي :

حددت المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات صور التأمين الابتدائي وهي كالآتي :

١- التأمين النقدي . ٢- الشيكات . ٣- خطاب ضمان .

وذلك على التفصيل التالي :

- التأمين النقدي :

والتأمين النقدي هو الصورة الأولى لدفع قيمة التأمين لجهة الإدارة ويتم سداد التأمين بذات العملة التي حددتها كراسة الشروط . وقد تكون عملة أجنبية إذا كانت المناقصة مناقصة دولية .

وتنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري في فقرتها الأولى على هذه الصورة حيث تقضى بأنه تؤدي التأمينات نقدا بإيداعها بخزينة الجهة الإدارية بموجب إيصال رسمي يثبت في العطاء رقمه وتاريخه ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ .

على أن المادة ٧٠ من اللائحة نصت على صورة أخرى من صور التأمين النقدي هو المقاصة بين دين لمقدم العطاء لدى جهة الإدارة وبين قيمة التأمين الابتدائي وذلك بشرط أن يكون الدين المستحق لمقدم العطاء لدى الإدارة مبلغاً نقدياً وأن يكون صالحاً للصرف وقت تقديم العطاء وأن يكون مستغرقاً لقيمة التأمين .

وفى هذه الحالة يتم اقتضاء جهة الإدارة للتأمين الابتدائى عن طريق المقاصة القانونية . وعلى ذلك تنص المادة ٧٠ حيث تقول « ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية بشرط أن تكون صالحة لنصرف وقت تقديم العطاء » .

- الشيكات :-

تنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرى على أن «تقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه كم تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف الخارج بشرط للتأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة . ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات للعادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية » .

ووفقاً لما سبق . فإنه وفقاً لقانون المصرى أداء مبلغ التأمين الابتدائى عن طريق شيك على أنه يجب أن يشترط :

١ - أن يكون للشيك مقبول الدفع من المصرف المسحوب عليه ومؤشراً عليه بذلك .

٢ - إذا كان الشيك مسحوباً على بنك أجنبى فى الخارج فيجب أن يؤشر عليه بأنه مقبول الدفع من أحد المصارف المعتمدة لدى جهة الإدارة سواء كانت فى مصر أو فى الخارج .

٣ - يمكن فى حالة وجود ضمانات تقدر الإدارة كفايتها وجديتها قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنك المسحوب عليه .

- خطابات الضمان :

خطاب الضمان هو خطاب يصدره البنك بتعهد فيه البنك بدفع مبلغ نقدي معين عند أول طلب يقدم إليه من المستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه ، وذلك إذا قدم هذا الطلب خلال المدة المحددة لصلاحية الخطاب^(١).

واستخدام خطاب الضمان كتأمين لدخول المناقصات العامة هو الأكثر شيوعاً في العمل . وقد نصت المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية على «إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة ولا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازي التأمين للموक्त وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تحديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء» .

وعلى ذلك فإن القانون المصري يشترط في خطاب الضمان الذي يقدم كتأمين دخول للمناقصة العامة ما يلي :

١- أن يصدر خطاب الضمان من أحد المصارف المحلية المعتمدة وعلى ذلك فإنه لا يصح وفقاً للقانون المصري ولائحته التنفيذية قبول جهة الإدارة لخطاب ضمان صادر عن بنك غير مقيم في مصر .

٢- إلا يقترن خطاب الضمان بقيد أو شرط . فلا يجوز أن يشترط البنك فيه مثلاً عدم التزامه بقيمة خطاب الضمان إلا بعد الرجوع إلى العميل

(١) محمود مختار بريس - قانون المعاملات التجارية - الجزء الثاني - ص ١٤٨ .

البنوك - الإصدار ١٩٩٣ من ١٤٨ .

أو أن يوقف تسجيل قيمته لجهة الإدارة على شروط معينة . فخطاب الضمان يعنى أن البنك يرتضى أن يدفع إلى جهة الإدارة مبلغ التأمين بمجرد الطلب . ولا يكون تعيل البنك الذى أصدر الخطاب بناء على طلبه أى دخل فى هذه العملية . فخطاب الضمان - ينشئ علاقة مباشرة بين البنك وبين جهة الإدارة - ولا يكون له أن يطلب جهة الإدارة الصادر لمصلحتها خطاب للضمان بخصم ما قد يكون مستحقاً لها فى ذمته فى قيمة خطاب الضمان «فخطاب الضمان لا يمثل حقاً للمتعهد إذ أنه طبقاً للتكريف القانونى السليم كفالة شخصية من البنك للمتعهد تأميناً لتنفيذ العقد الذى أبرمه مع الوزارة، فليس لمة مبالغ مستحقة لهذا المتعهد حتى يجوز الخصم منها وقاء لمبالغ مستحقة للحكومة عن عقود أخرى»^(١) .

٢- التزام البنك بأمر جهة الإدارة الصادر لمصلحتها الخطاب حسبما تراه دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء . فيجب أن يؤدي قيمة الخطاب بالكامل أو فى جزء منه وعليه أن يلتزم بطلبها فى مدد سوين مدته مدة أخرى كل ذلك حسب ما تراه جهة الإدارة «فلا يجوز لمصدر خطاب الضمان أن يمتنع عن الوفاء بقيمة التأمين إلا برضاء المصلحة التنازل عنه أو انتهاء أجل سريانه»^(٢) .

٢ كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائى

نص المادة ١٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات العامة فى مصر على أنه يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين

(١) فتوى الجمعية العمومية رقم ١٢٨ فى ١٩٦١/٢/١١ الموسوعة جـ ١٨ ص ٩٣٧ .

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم ١١٢٠ فى ١٩٦٢/١٠/١٩ - المرجع السابق

مؤقت لا يقل عن ٢% من القيمة التقديرية للعطاء.

وإذا كان القانون قد نص على نسبة التأمين الابتدائي التي يجب أن يقدم مع العطاء على الوجه السالف بيته إلا أن الأمر في أحيان غير قليلة قد يؤثر بعض الالتباس في حساب هذه القيمة وذلك كما يلي :

أ - حساب التأمين الابتدائي في العطاء غير محدد الموضوع

ففي هذه الحالة يصعب أن تحدد الكميات التي يجري عليها التعاقد . ومثال ذلك طلب التعاقد مع أحد المستشفيات لعلاج المرضى المحولين من قبل التأمين الصحي . أو تقديم أدوية غير معينة النوع أو المقدار إلى أحد الأجهزة الحكومية ، في مثل هذه الحالات يتعذر حساب التأمين الابتدائي على الوجه الذي حدده القانون . وذلك لأنه لا يمكن التنبؤ بعدد المرضى الذين سوف يحولون إلى هذه المستشفى للعلاج كما في المثال الأول . كما لا يمكن حساب القيمة الإجمالية لتوريدات الأدوية إلى المستشفى الحكومي في مدة معينة .

وحساب التأمين الابتدائي في مثل هذه الحالات يكون بتحديد مبلغ معين يقوم مقدم العطاء بدفعه إلى جهة الإدارة . والإدارة عندما تحدد هذا المبلغ تأخذ في اعتبارها الدراسات التي تجريها لتحديد متوسط احتياجاتها السنوية . وذلك من واقع السنوات السابقة .

ب - حساب التأمين في حالة تقديم عطاء أكثر تصيراً وتطوراً :

في أحيان كثيرة يكون موضوع العطاء توريد أجهزة معينة ويتقدم صاحب العطاء بعطائه . متضمناً عرضاً آخر لتوريد أجهزة مماثلة ولكنها أكثر تطوراً من الأجهزة التي تطلبها الإدارة في المناقصة .

فهل تحسب قيمة التأمين على العطاء الأصلي أم على العطاء المردف ؟ لرى فى هذه الحالة أن يحسب التأمين على العطاء الأعلى سعراً ، فإذا قبلته الإدارة كان العطاء قانونياً وأما إذا لم تقبله الإدارة ردت على مقدم العطاء فروق التأمين الابتدائى أو حسبته من التأمين النهائى . وتطبيقاً لذلك أصدرت الهيئة العامة للخدمات الحكومية كتاباً دورياً رقم ٩ لسنة ١٩٨٨ جاء فيه :

وقد لوحظ أثناء التطبيق العملى لأحكام القانون أن بعض مقدمى العطاءات يتقدمون بعطاءات أصلية وأخرى مردفة وسداد تأمين مؤقت واحد عنها وفى حالة عدم كفاية التأمين عن العطاء الأعلى قيمة فيهما ونظراً لما يترتب على ذلك من استبعاد عطاءات مستوفاة لشروط التأمين وتمثل أقل الأسعار فى المناقصة وصالحه فنياً مما يترتب عليه إلحاق الضرر بمصالح الخزانة العامة ، خاصة فى حالة زيادة سعر العطاء التالى زيادة كبيرة ورفض صاحبه النزول بسعره إلى مستوى أسعار العطاء الأقل سعراً والأذى تم استبعاده على النحو المذكور .

لذلك فتوجه الهيئة العامة للخدمات الحكومية نظر كافة الجهات المعنية إلى أنه بالنسبة للعطاءات التى تكون مصحوبة بعطاءات مردفة يقتصر الاستبعاد على العطاء الذى تقل نسبة التأمين المؤقت المقدم عنه عن النسبة المقررة قانوناً سواء كان أصلياً أو مردفاً مع نظر العطاء الآخر طالما أنه مستوف لشروط التأمين الكامل ومقبول فنياً ومطابق لسائر الشروط بما يتيح للجهة الإدارية نظر أكبر عدد ممكن من العطاءات بغية الوصول إلى أفضلها شروطاً وأقلها سعراً^(١) .

(١) أحمد منصور - المرجع السابق - ص ١٢٦ .

ج يجب أن يدخل في حساب التأمين الابتدائي كافة الرسوم الجمركية والضرائب :

تنص المادة ٦ من قانون الضريبة العامة على المبيعات على أنه «تستحق الضريبة بتحقيق واقعة بيع السلعة أو أداء الخدمة بمعرفة المكلفين وفقاً لأحكام هذا القانون . كما تستحق الضريبة بالنسبة إلى السلع المستوردة في مرحلة الإفراج عنها في الجمارك بتحقيق الواقعة المنشئة للضريبة الجمركية ، وتحصل وفقاً للإجراءات المقررة في شأنها» .

وبالمقابل استوجبت المادة ٦٦/د من اللائحة التنفيذية أن يراعى في وضع الأسعار بالعطاء أن تشمل جميع أنواع الضرائب وللرسوم السارية وقت تقديم العطاء ومن ثم يجب أن يدخل في حساب التأمين الابتدائي كافة الرسوم الجمركية والضرائب وتطبقاً لذلك ذهبت إدارة فتوى رئاسة الجمهورية إلى أن «المشرع أوجب على صاحب العطاء أن يقدم مع عطاءه تأميناً مؤقتاً ، وذلك ضماناً لجدية مقدم العطاء ، وتبعاً لذلك فإن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء وفقاً للنسبة المقررة قانوناً شرط أساسى للنظر في عطاءه وهذا الشرط مقرر للصالح العام . كما أوجب المشرع على مقدم العطاء أن يراعى عند وضع الأسعار بالعطاء أن يكون السعر شاملاً لرسوم الجمارك وجميع أنواع الضرائب السارية وقت تقديم العطاء . لما كان ذلك وكانت عبارة الضرائب وقت تقديم العطاء (م) ٦٤ د والمقابلة للمادة ٦٦ د) قد وردت عامة مطلقة ، ومن ثم فهي تشمل كافة أنواع الضرائب التي تمتثل على الأصناف الموردة وقت تقديم العطاء ومنها ضريبة المبيعات»^(١).

(١) فتوى رقم ٢٧ بتاريخ يناير ١٩٩٣ ملف رقم ١٠/٩٣/١٢٨٥ . المرجع السابق ص ١٢١ .

٢- الخطأ في حساب التأمين الابتدائي :

لا شك أن البيان المتعلق بقيمة التأمين الابتدائي في العطاء يعد من البيانات الأساسية والجوهرية في العطاء . فهو الذي يبرهن على جدية مقدم العطاء في تقديم عطاءه ومدى التزامه به وهو الأمر الذي استدعى أن يفصله القانون تفصيلاً سواء من حيث صورته أو من حيث كيفية حسابه على النحو الذي سبق أن بيناه .

بل إن القانون جعل من مصادرة التأمين الابتدائي جزاء يوقع على صاحب العطاء إن هو أخل بالتزامه بالإبقاء على أبعابه حتى تبت جهة الإدارة في أمر المناقصة ولتفاضل بين العطاءات المقدمة .

وترتيباً على ما سبق فإنه ينشور التساؤل عن حكم الخطأ في حساب التأمين الابتدائي أو في تدويله بالعطاء ؟

بداءة : نستعيد من نطاق البحث هنا مسألة الخطأ المادي وزلات القلم . ففي هذه الأحوال يمكن التصحيح إن كان يسهل اكتشافه وينبئ عن حسن نية في حدوث الخطأ . ومثل ذلك أيضاً إذا تناقض الرقم المرقوم مع التفقيط فإنه يؤخذ بالتفقيط ، فذاك ما يرجحه القانون كما سبق أن رأينا في مسألة تحديد السعر وهو أمر يصح استدعاؤه قياماً لحكم المسألة أيضاً .

إنما الخطأ الذي نقصده هنا هو خطأ حسابي في حساب التأمين الابتدائي أدى إلى اختلاف القيمة الموجودة في العطاء عن القيمة الواجب تقديمها ، وفي هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الأول : أن يؤدي الخطأ في حساب التأمين إلى الزيادة فيه وهنا ليس يجوز أن يكون الأمر محل خلاف . فلاحظك في صحة العطاء وتلتزم جهة

الإدارة في حالة إرساء المناقصة عليه أن تحسب الزيادة من التأمين النهائي .

أما الفرض الثاني : أن يؤدي الخطأ في حساب التأمين إلى خفض قيمته المقدمة مع العطاء عن القيمة المطلوبة في إجراءات المناقصة .

وقد عرض الأمر على الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في ٤ أكتوبر ١٩٨٩ . والتي ذهبت إلى أنه وقد سبق للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٩/٢/٥ ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤ أن استلزمت تقديم التأمين الابتدائي كاملاً مع العطاء وإلا وجب الالتفات عنه ذلك أن العديد من حقوق جهة الإدارة يتوقف ممارستها على أداء هذا التأمين . وأنه وإن كان المشرع لم يقرر صراحة في نص المادة ١٩ سابق الإشارة إليه جزاء على مخالفتها فإن القواعد العامة تقرر البطلان لإغفال إجراء جوهري أوجب القانون مراعاته في شأن المناقصات والمسابقات ومن ذلك إغفال تقديم التأمين كاملاً مصحوباً بالعطاء ومن ثم يتعين الالتفات عن العطاء غير المقترن بالتأمين الابتدائي كاملاً .

وبما أنه متى كان من المقرر وفقاً لما تقدم أن العطاء يجب أن يكون مصحوباً عند تقديمه بالتأمين المؤقت كاملاً ضماناً لسلامته وحرصاً على تحقيق المساواة بين المتنافسين وضماناً لجديتهم على أن يؤخذ في الاعتبار أن الخطأ الملائ الذي يتمثل في زلات القلم والأخطاء الحسابية هو خطأ غير مقصود يتعين تصحيحه وإعمال ما يترتب على هذا التصحيح من آثار .

وبما أنه تطبيقاً لما سبق على الواقعة المعروضة ، وبما أن ثبت أن الخطأ الوارد بالعطاء في أن مقدم العطاء وضع إجمالي البند بقيمة ٢٢٥٠

فى حين أن السعر الذى وضعه للوحدة هو ١٠٠ جنيه فى عدد ٢٥٠ أى الإجمالى الواجب حسابه هو ٢٥٠٠٠ جنيه مما لا يعد معه الخطأ هنا مجرد خطأ مصادى ناتج عن العمليات الحسابية العادية التى يكثر بها احتمالات الخطأ والصواب ، وقد أثر وضع قيمة البند على هذا الأساس وعلى قيمة التأمين الابتدائى المقدم مع العطاء .. فجاءت أقل من النسبة المقررة قانوناً وهذا أمر يكشف عن عدم جدية المتنافس ومن ثم لا يسوغ صحة النظر فى تكميلها إلى القيمة المطلوبة لما فى ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين^(١).

ب - التحفظات المصاحبة للعطاء ..

استقرت أحكام القضاء على أن «.. إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايمة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة للتعاقد وأن للتقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعطى عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينتقد العقد»^(٢).

وعلى ذلك فإن الأصل العام أن مقدم العطاء يتقدم بعطائه إلى جهة الإدارة أخذاً فى اعتباره الشروط والمواصفات التى تضعها الإدارة تحديداً لموضوع المناقصة ، على أنه استثناء من هذا الأصل كانت المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الملغى تنص فى فقرتها الثالثة «.. وإذا رغب فى اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لعطائه على أن يشير إلى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل للتعديل

(١) ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤ - بتاريخ ١٩٨٦/٢/٥ سابق الإشارة إليها .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم ٣٢٣ لسنة ١٠٠ جسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧

مجموعة المبادئ فى ١٥ عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٥ ج ٢ ص ١٨٤٥ .

بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظروف ولا يعتد بما عدا ذلك من وسائل المراسلة « كما نصت المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد على أنه « إذا رغب في وضع أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية فثبتتها في كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفني » .

والمقصود بالتحفظات هي تلك الاشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العطاء بعطائه ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلنة أو حتى الخروج عليها . وفي تحديد معنى التحفظات ذكرت محكمة القضاء الإداري بأنها « كل شرط يضعه مقدم العطاء في عطائه ويكون مختلفاً عن الشروط التي تضعها جهة الإدارة أو يكون غير وارد فيها ويعتبر تعديلاً من المناقص لشروط العطاء أو بعبارة أدق يعتبر تحفظاً منه مقترناً بعطائه »^(١) .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٢/٢/١٩٦٧^(٢) إلى أن الأصل أن يوجه الإيجاب في العقد الإداري إما بوجهه على أساس الشروط للعامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك . وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا رأى الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوداً على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

وعلى ذلك فإنه ترتبها على ما سبق . فإن التحفظات يشترط فيها

(١) محكمة القضاء الإداري - دعوى رقم ١٧٥٣ جلسة ١٩٥٧/١/٢٨ س ١٠ في المجموعة س ١١ ص ٢٠١ .

(٢) سابق الإشارة إليه .

من ناحية أولى أن تكون ملحقه بالعطاء الأصلي ، ومن ناحية ثانية ألا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

كما أن هذه التحفظات قد تكون مالية وقد تكون غير مالية . ولا شك أن هذه التحفظات تؤثر على العطاء على وجه معين وبيان ذلك - على التفصيل التالي :

١- شروط صحة التحفظات :

يشترط لصحة التحفظات ما يلي :

أ- أن تكون ملحقه بالعطاء الأصلي ، بكتاب مستقل ويجب أن يتضمنها المظروف الفني حسب ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية .

ب- يجب أن تكون هذه التحفظات ثانوية أى أنها تحفظات لا تنال من الشروط الجوهرية للمناقصة ، فإلى كانت كذلك فإنها تصبح تعديلا لشروطها ومواصفاتها الفنية وهو أمر يتناقض مع آلية المناقصة العامة . والسبب يقتضى بضرورة الاستبعاد للعطاء الذى لا يلتزم بشروط المناقصة ويخرج على مواصفاتها إلا إذا كان هذا الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التى لا تؤثر على الشروط الجوهرية للمناقصة .

٢- أنواع التحفظات :

التحفظات قد تكون تحفظات مالية وقد تكون غير مالية :

يقصد بالتحفظات المالية تلك التى تتعلق بطريقة الأداء المالى فى العقد الذى سوف يبرم بين مقدم العطاء وبين جهة الإدارة فى حالة قبول عطائه كاشتراط طريقة محددة للدفع ، أو ضرورة المحاسبة على أساس

الزيادة التي قد نظراً على المواد الخام مثلاً .. أو التحفظ بضرورة الأخذ في الاعتبار الأعباء الضريبية التي قد تستجد بعد قبول العطاء . أو تحديد طريقة معينة لصرف دفعات مقدمة تحت الحساب وغير ذلك أما التحفظات غير المالية فإنها تتعلق غالباً بظروف العمل مثل اشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع كما في عقود الإنشاءات والتشييد . أو التحفظ بزيادة مدة العملية بقدر مدة التأخير في صرف المستحقات أو تحفظات فنية تتعلق بالمواصفات الفنية أو شروط الصيانة أو غير ذلك .

والجمعية العمومية للفنوى والتشريع تقر وجود النوعين من التحفظات ففي فتاها بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤^(١) ذهبت إلى أن «تحفظ جميع المتنافسين بعطاءاتهم على أساس المحاسبة على أي زيادة تحدث في أسعار مواد البناء خلال تنفيذ العملية - رسو العملية على أرخص العطاءات - وخلق لجنة البت من أي تعليق أو رفض لهذا التحفظ .. يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذي تقدم ويكون التعاقد قد تم فعلاً على أساس للشروط التي تقدم بها بما في ذلك التحفظ الذي قدمه ...» .

أما عن التحفظات غير المالية فقد قررت الجمعية العمومية للمسمى الفنوى والتشريع بجلسته ١٦ مايو ١٩٩٢ أنه «.. الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعص أو يستراحي في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المقابلة - هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذا ما

(١) فنوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ ملف رقم ٧٨ / ١٤ / ٢ جلسة ١٩ / ١٦ / ١٩٨٣

١٩٨٣ مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لنفسى

الفنوى والتشريع س ٣٧ ، ٣٨ - ١٩٩٥ ص ٢٧٢ .

قدر أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته معها في الميعاد المحدد^(١).

ثانياً : سلطة الإدارة في قبول العطاء .

وسلطة الإدارة في قبول العطاء تتضمن بحث أمرين :

الأول : شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة في الاستبعاد أما الثاني :
فنتناول فيه الأثر القانوني المترتب على إصدار العطاء .

١ - شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة في الاستبعاد :

يستلزم القانون أن يتم تقديم العطاء إلى جهة الإدارة في الوقت المحدد لذلك كما اشترط أيضاً أن يتقدم به صاحبه بطريقة معينة . وإذا كان العطاء لمقدم قد استوفى الشروط التي حددها القانون ، أو أعلنتها الإدارة في المناقصة فإنه يجب على جهة الإدارة قبول العطاء^(٢) . وإن كان قرار الإدارة بالقبول ليس قراراً تقديرياً إلا أنه في حالات معينة خول القانون الإدارة سلطة استبعاد العطاء .

وترتيباً على ما سبق سوف نتناول في هذا الفرع أولاً : شروط قبول العطاء . وثانياً سلطة الإدارة في الاستبعاد .

أ - شروط قبول العطاء .

تتعلق شروط قبول العطاء بالميعاد الذي يصل فيه العطاء لجهة

(١) هـوى رقم ٥٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ مجموعة المبادئ ج ٢ من أول مارس - ١٩٩٣ - حتى آخر سبتمبر - مكتوبة على الآلة الكاتبة ١٩٩٣ .

(٢) De Laubadere : Op . Cit p 613 Quancard (M) : Op . Cit . (٢) pp . 82-83 .

الإدارة من ناحية أولى . وبكيفية إرساله من ناحية ثانية .

١- ميعاد وصول العطاء إلى جهة الإدارة

تنص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات في المادة ٦٢ على أنه «يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة في ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتح المظاريف الفنية» ولا يعتد بأي عطاء أو تعديل فيه يرد بعد للميعاد المذكور ولا يسرى ذلك على أي تعديل نصالح الجهة الإدارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما أنه لا يؤثر في أولوية العطاء» .

وفقا لهذا النص فإن المشرع حدد الساعة الثانية عشرة من اليوم المحدد في الإعلان في المناقصة لتقديم العطاء . فإذا قدم العطاء بعد هذا الميعاد فإن القانون رتب على ذلك أثرا في غاية الأهمية وهو عدم الاعتداد بهذه العطاءات . ويقصد باليوم المحدد بالإعلان هو اليوم المحدد لفتح المظاريف . وقد يستفاد من نص المادة ٦٢ من اللائحة التنفيذية سائفة التذكر أن يختلف اليوم المحدد في الإعلان عن المناقصة كآخر ميعاد لتلقى العطاءات عن اليوم المحدد لفتح المظاريف وهو أمر يحتمله ظاهر النص على أنه تجدر ملاحظة أن الواقع العملي يجري دائما على النص في الإعلان عن المناقصة أن آخر يوم لتلقى العطاءات هو ذاته اليوم الذي تفتح فيه المظاريف .

وينص القانون الفرنسي على إمكانية تقديم العطاءات حتى ميعاد فتح المظاريف ويجب ألا تقل المدة بين أول إعلان وبين هذا الميعاد عن ٣٦ يوما وفي حالة الضرورة يمكن تقصيرها إلى ١٥ يوما^(١).

٢- كيفية تقديم العطاء :

تنص المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم الجهة الإدارية والمؤشر عليه برقم وقسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له ، ويجب أن يثبت على كل من مظهر وفي العطاء الفني والمالي نوعه من الخارج ، ويوضع المظروفان داخل مظروف مغلق بطريقة محكمة ويوضح عليه اسم وعنوان الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة وأن ما بداخله المظروف للفني والمظروف المالي لجنسة () ويكون تقديم العطاءات إما بإرسالها بالبريد الموصى عليه .. أو وضعها داخل الصندوق المخصص لوضع لعطاءات أو تسليمها لقلم محفوظات بها بموجب إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته ويجوز إذا كان العطاء مقدماً من فرد أو شركة في الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بسداد ثمن كراسة الشروط والمواصفات» .

تبين هذه المادة وسيلة تقديم العطاء إلى جهة الإدارة وهي لا تخرج عن إرسال هذا العطاء بالخطاب الموصى عليه أو بوضعه مباشرة داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات أو تسليمها لقلم محفوظات الجهة التي أعلنت عن المناقصة وفي هذه الحالة يكون تسليمها إلى الموظف المختص مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

على أن العمل يسير دائماً على تقديم العطاء للجنة المختصة لفتح المظاريف في ذات اليوم المحدد لفتح المظاريف وقبل الساعة الثانية عشر ظهراً وذلك ضماناً لسرية العطاءات وخوفاً من مقدم العطاء لهتك هذه

السرية لصالح مناقسيه . وهذا الطريقة التي ينص عليها أيضاً القانون الفرنسي لتقديم العطاء في المادة ٨٧ من قانون العقود الفرنسي^(١).

٢- سلطة الإدارة في الاستبعاد :

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة ويتضمن استبعاد أحد العطاءات التي قدمت في المناقصة العامة لأسباب تحددها .

والاستبعاد يختلف عن الحرمان - الذي سبق وتحدثنا عن حالاته - من نواح عديدة :

فمن ناحية أولى : قرار الحرمان ينصب على شخص معين سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ويهدف إلى حرمانه من التقدم إلى المناقصات والمزايدات التي تجريها جهة الإدارة . في حين أن الاستبعاد يعتبر إجراء موضوعياً يتعلق بعطاء تقدم به شخص معنوي أو طبيعي ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وحرمانه من السير في إجراءات المناقصة حتى ملتهاها.

ومن ناحية ثانية : يعتبر قرار الإدارة بالحرمان إجراء عاماً يتعلق بالشخص الطبيعي أو المعنوي ويهدف إلى الحرمان من دخول كافة المناقصات والمزايدات التي تجريها جهة الإدارة . وقد يكون هذا الإجراء محدد المدة كما قد يكون غير محدد المدة وقد يكون في حدود مالية معينة أو يقتصر على نوعيات محددة من المناقصات وهذا كله بخلاف قرار الاستبعاد والذي لا يعدو أن يكون قراراً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة^(٢).

De Laubedere : Op . Cit . p 613 .

(١)

(٢) أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ١٥٢ .

واستبعاد العطاء المقدم في المناقصة قد يكون تطبيقاً لشرط حسن السمعة كما قد يكون الاستبعاد ناتجاً عن تطبيق الإدارة لحالة من حالات الحرمان سواء أكان الحرمان وقتلياً أو جزائياً . كما قد يكون لعدم توافر الشروط التي تتطلبها الإدارة بخصوص المناقصة وأخيراً قد يكون الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية^(١) وذلك كله على التفصيل التالي :

١- حالات الاستبعاد :

أ- الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة .

وهنا يكون الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة . فالقانون يشترط فيمن يتقدم بعطائه في المناقصات والمزايدات أن يكون حسن السمعة .

وفي الحقيقة يعد شرط حسن السمعة شرطاً عاماً وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري منذ بواكير أحكامها إلى تحديد المقصود بشرط حسن السمعة بأنه يعنى « . أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود الميرد ثم يسمع عنه ما يشبهه أو يحط من قدره بين الناس حالاً لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التي يرغب في ممارستها »^(٢) .

وفي هذا المعنى استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المقصود بحسن السمعة هو .. تلك المجموعة من الصفات التي يتحلى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس وتجنّبه قالة السوء ، وما يمس الخلق»^(٣) .

(١) De Laubadere : Op . Cit . pp . 599 et s .

(٢) محكمة القضاء الإداري - قضية رقم ٥ - السنة الأولى - مجموعة صر - ص ٢٠٥ بتاريخ ١٨/٣/١٩٤٧ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ١٦ بتاريخ ١٩٧٢/١/٩ .

وإذا كان الحكم على الشخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة تهدر حسن السمعة بصفة عامة ، فإننا نرى أن المشرع قد تشدد بالنسبة لشروط حسن السمعة في مجال المناقصات والمزايدات العامة وألزم القاضى بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى بضرورة الحكم بعدم دخول الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية في المناقصات والمزايدات وذلك كعقوبة تيمية .

على أنه في الحالات الأخرى التى لا يتحقق فيها هذا الغرض فإن الإدارة تستطيع أن تستبعد الشخص الطبيعى أو المعنوى من دخول المناقصات والمزايدات العامة نتيجة لعدم توافر شرط حسن السمعة

وفى مجال المناقصات والمزايدات العامة يمكن الاعتماد على مجموعة من الاعتبارات التى تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه .
وأهم هذه الاعتبارات ما يلى :

- سلوك الشركة أو الشخص الطبيعى فى تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها .
- عدد المرات التى نجأت للشركة فيها إلى القضاء .
- عدد المرات التى لجأت الشركة فيها إلى التحكيم .
- هل سبق تطبيق غرامات تأخير على الشركة قبل ذلك فى عمليات أخرى .

فكل هذه الاعتبارات وغيرها تحدد مركز الشركة وتبين سمعتها فى الوسط الذى تعمل فيه . فمثلا إذا كانت الشركة فى أعمال سابقة قد أهملت فى التنفيذ أو نفذت على غير الوجه المتفق عليه فى العقد . وإذا كانت الشركة دائمة اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وما يترتب على ذلك من تأخير

الأعمال - ففي هذه الحالات لا تكون سمعة الشركة أو المنشأة أو الشخص الطبيعي مقدم العطاء فوق مستوى الشبهات . وهنا سلطة الإدارة التي تقرر - وفقا للظروف الموضوعية - ولمقتضيات المصلحة العامة - استبعاد العطاء المقدم من قبل هذه الشركة أو هذا الشخص . وذلك لعدم توافر شرط حسن السمعة .

وتحرص كراسات الشروط على اشتراط تقديم شهادة حسن السمعة . وذلك لتأكيد من أهلية المتقدم للمناقصة العامة .

وشروط حسن السمعة نصت عليه المادتين ٤٨ ، ٢٥٨ من تقنين العقود الإدارية في فرنسا^(١) .

وسلطة الإدارة في الاستبعاد لسوء السمعة أمر مسلم من قبل القضاء حيث قصت المحكمة الإدارية العليا بأن «.. للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب استعمال السلطة^(٢) .

وفى جلستها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٨٧ ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أنه «.. لا يكفي في التعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب أن تتوافر إلى جانب ذلك حسن السمعة ، ولإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا

(١) De Laubadere , Op . Cit , P . 599 et Quancard, Op . Cit . p 51 .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - بتاريخ ١٧ هراير ١٩٦٧ سبق الإشارة إليه .

الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة . وفي ضوء ذلك يكون من حق جهة الإدارة أن تستبعد من المناقصة أو الممارسة التي تجربها العطاء الذي يثبت لديها أن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى احتمال تعاقب الإدارة مع صاحب هذا العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه ، الأمر لا يتفق مع أحكام القلتون»^(١).

ب - الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان .

عرفنا فيما سبق أن للإدارة سلطة حرمان البعض من التقدم في المناقصات العامة سواء كان هذا الحرمان على شكل جزاء أو كان حرماً وقائياً . ويترتب على ذلك اعتبار الشخص المحروم ممنوعاً من التقدم إلى المناقصات العامة . فإذا تقدم هذا الشخص بعطائه إلى المناقصة التي أعطت عليها الإدارة . فإن الإدارة ملزمة باستبعاد هذا العطاء حتى ولو توافرت فيه كافة الشروط التي حددتها الإدارة في كراسة الشروط .

وهنا لا تعدو للإدارة سلطة تقديرية في هذا الاستبعاد . فهي ملزمة باتخاذ قرار الاستبعاد تطبيقاً للقتون . وتلزم المادة السادسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأنه يجب على كل وحدة إدارية تقوم بالتعاقد على عمليات الشراء أو تقديم الخدمات أو إجراء للمقاولات أن تمسك المسجلات والنماذج الآتية بمعرفة إدارة المشتريات بها .

... (٣) سجل قيد الممنوعين من التعامل .

ويثبت به بالإضافة إلى البيانات السابقة للبيانات الآتية :

- الجهات المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه .

(١) ملف رقم ١٧/١٢٠ جلسة ٩ ديسمبر ١٩٨٧ - سابق الإشارة إليها .

- أسباب حظر التعامل .

وعلى ذلك يجب على الإدارة استبعاد العطاءات التي يتقدم بها أشخاص تنطبق عليهم إحدى حالات الحرمان التي سبق بيانها .

ولكن قد يحدث أن تقبل الإدارة عطاء شخص أو شركة تنطبق عليها إحدى حالات الحرمان - السابق بينها - ثم تهرم معه العقد على اعتبار أنه تقدم بأفضل الشروط ، ثم يتبين لها أن هذا الشخص لا يجوز له التقدم بعطاءه إلى المنافسة نتيجة سبق حرمانه من دخول المنافسات العامة .

الرأي في فرنسا يذهب إلى صحة هذا التعاقد ، على اعتبار أن قبول الإدارة للعطاء المتقدم به الشخص المحروم في حكم القرار الضمني بإلغاء قرار الحرمان ، وعلى اعتبار أن قرارات الحرمان إنما مقررّة لصالح الإدارة ، ومن ثم قلها أن تقدر تطبيقها من عدمه^(١).

وفي مصر يذهب رأي إلى التفرقة بين الحرمان الوقائي والحرمان الجزائي فالحرمان الوقائي تطبق عليه القواعد المعمول بها في فرنسا ، أما في حالة الحرمان الجزائي فيجب التفرقة بين الحرمان المنصوص عليه وغير المنصوص عليه فيطبق المبدأ للعام المعمول به في فرنسا أيضاً في حالة الحرمان غير المنصوص عليه وذلك على أساس أن الحرمان مقرر لصالح الإدارة فقط وأن إرساء العطاء وإبرام العقد مع أحد المحرومين يعتبر إلغاءً ضمناً لقرار الحرمان^(٢).

Quancard (M) : Op . Cit .p. 103 et s .

(١)

(٢) أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ١٦٢ .

وفى الحقيقة نرى غير ذلك : فالإدارة لا تستطيع أن تغاضى عن تطبيق قرارات تستهدف فى المقام الأول تحقيق المصلحة العامة .

ج - استبعاد العطاء نتيجة عدم توافر الشروط التى حددتها جهة الإدارة فى كراسة الشروط :

تعمل الإدارة دائماً على تضمين كراسة الشروط مزيداً من الشروط للعملة التى ترى أنها لازمة لنجاح العملية التى تريد التعاقد عليها . وهذه الشروط إنما تكنسب أهميتها من كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة والتى تتمثل فى كفاءة حسن تنفيذ العقد وتحقيق صالح المرفق . على ذلك فإن هذه الشروط تفقد مشروعيتها إن هى انحرفت عن هذه الغاية وترتب عليها استبعاد عدد كبير من الأشخاص دون مبرر معقول^(١).

وقد تتعلق هذه الشروط بضرورة أن يكون المتقدم للتعاقد مع الإدارة مقسداً بسجلات معينة (تجارية - صناعية - الخ) أو لديه خبرة فنية معينة أو غير ذلك من الشروط التى تمكن الإدارة من الوقوف على قدرة المتعاقد معها على القيام بالعمل موضوع المناقصة على خير وجه .

د - الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية .

للإدارة أن تستبعد عطاء الشخص المتقدم للمنافسة إذا رأت أن هذا الشخص غير كفء سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية ومسألة الكفاءة هنا مسألة تقارها الإدارة بمحض سلطتها التقديرية وذلك بالنظر إلى اعتبارات عديدة مثل ملاوة الشخص المتقدم بعطائه سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً - قدرته الفنية وأيضاً بالنظر لى طبيعة المشروع

موضوع التعاقد ، وما يتطلبه من قدره تمويلية وخبرة فنية^(١).

على أن الإدارة وهي بصدد تقدير هذه الكفاءة سواء من الناحية المالية أو الفنية عليها ألا تسعى استعمال هذه السلطة التقديرية . فلا يصح أن تعترف بكفاءة شركة مثلاً لتنفيذ عملية تتكلف مليون جنيه بالرغم من أن رأس مال الشركة بضعة آلاف من الجنيهات .

وقد يتطلب الأمر ضرورة أن يقدم المتناقص شهادات تبين كفاءته المالية أو الفنية وذلك كلن تطالبه الإدارة بضرورة التقدم بسابقة أعماله التي أجراها سواء مع الجهة التي تجري المناقصة أو المزايدة أو مع الجهات الإدارية الأخرى . ففي فرنسا نستلزم الإدارة أحياناً أن يقدم المتناقص شهادة تثبت كفاءته من الجهة الحكومية عن عمليات سبق أن نفذها لديها أو لدى إحدى جهات الإدارة الأخرى والبيانات التي تتضمنها هذه الشهادات تكون على مسؤولية الجهة التي أصدرتها وذلك إذا كانت هي السبب الرئيسي الذي أدى إلى التعاقد معه .

والإدارة وهي بصدد تقييم الموقف المالي والفني للمقاول أو المتعهد تأخذ في اعتبارها عوامل عديدة . فمن الناحية المالية تنظر في مقدار رأس المال ومدى تحقيق المشروع المتقدم بعطائه للأرباح أو الخسارة . ونسبة هذه أو تلك من رأس مال المشروع وموقف الميزانية السنوية للمشروع . ومن الناحية الفنية فإن الإدارة تراجع سوابق الأعمال التي سبق له القيام بها وعدد العمال الذين يستخدمهم ومدى تخصصه في الموضوع المطروح للتعاقد . وترتيب الشركة دولياً في نطاق المناقصات الدولية وسمعتها في نطاق الشركات المتخصصة في موضوع المناقصة .

٢- الرقابة القضائية على قرارات الاستبعاد .

يستقر القضاء في فرنسا ومصر على أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في استبعاد العطاءات لأحد الأسباب المتقدمة إنما هي تطبيق لسلطتها التقديرية^(١) . وعلى ذلك فإن الإدارة لا تتلزم بتسبيب قرارات الاستبعاد إلا إذا ألزمها القانون بذلك أو قررت ذلك في شروط المناقصة .

على أن الواقع العملي يجرى على أن الإدارة تسبب قرار الاستبعاد وهو أمر يدعم فكرة الشفافية في إجراءات المناقصات العامة فضلاً عن اتفاهه مع المبادئ العامة التي تحكمها .

وفي ذلك تذهب محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ إلى أن الإدارة تستطيع «.. أن تستبعد كل من يفقر إلى شرط أو أكثر من الشروط التي تتطلبها المناقصات والمزايدات أو دفتر الشروط العامة أو الخاصة .. وقررها في ذلك يصدر بناء على سلطتها التقديرية. ولا يخضع للتعقيب القضائي إلا إذا مثابه عيب بساعة لاستعمال السلطة^(٢)»

٣- الأثر القانوني المترتب على تصدير العطاء « انقزام مصدر العطاء بإيجابه »

يترتب على تصدير العطاء إلى جهة الإدارة أثر هام يتمثل في انقزام مصدر العطاء بعطائه المدة المحددة في الإعلان عن المناقصة . ولا يعني هذا أن ثمة رابطة عقدية نشأت بين الإدارة ومقدم العطاء . فذلك لا يتم إلا

C.E. 21 Juillet 1932-Eloy .p.764.

(١)

C.E. 27 Mai 1930 – Hughues-R ec p. 576.

C.E. Juin 1928 – Delattre -R ec . p. 1583

(٢) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ المجموعة في ثلاث سنوات

من ٢٧٣ رقم ١٦٢ .

بقبول الإدارة لهذا العطاء وهو أمر يأتي في مرحلة لاحقة لإرساء المناقصة على عطاء بعينه .

نلك أن العطاء المقدم من المقاول أو المتعهد لا يخرج عن كونه إجبارياً يتقدم به لجهة الإدارة المتنافسة . الذي ينبغي أن يتوافق مع قبول الإدارة والذي سيتم بصور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد إرساء المناقصة^(١).

أ - أساس الالتزام مقدم العطاء بعطائه :

اختلف الفقه الفرنسي في تأسيس مبدأ الالتزام مقدم العطاء بعطائه منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة وحتى البت في المناقصة في الموعد المعين لذلك في حراسة الشروط . فذهب رأي أول : إلى تأسيس هذا الالتزام على فكرة الالتزام التعاقدى . وذهب آخرون على تأسيسه على الإرادة المنفردة . في الفقه الغريمسى .

الرأى الأول : ذهب للفقير Houriou وهو يصدد التعليق على حكم لمجلس الدولة بتاريخ ١٩ مايو ١٩٢٢ . إلى أن العرض الذي يتقدم به مقدم العطاء يعتبر قبولاً يتعهد به عقد أولى غير ذلك الذي يتم بعد إرساء المناقصة . ومن ثم تعتبر شروط المناقصة إجبارياً لذلك العقد الأولى . وهذا العقد الأولى المفصل عين العقد الأساسى بعد مصدر الإلزام وأساسه بالنسبة للالتزام مقدم العطاء بعطائه لحين البت في المناقصة في الوقت المعين لذلك^(٢).

Jeze: Le Contrat Administratif, de l'Etat DePartement des (١)
Communes des établissements Publics. P. 18 .

C.E. 19 Mai 1922 Legal, S. 1924 - 3-1- note Houriou. (٢)

ولاشك أن منطق هذا الرأي يصطدم بحقيقة ثابتة في الفقهين الفرنسي والمصري والتي تعتبر الإعلان عن المناقصة بمثابة دعوة إلى التعاقد في حين أن العطاء الذي يتقدم به صاحبه لا يخرج عن كونه إيجاباً ينتظر قبول الإدارة حتى يتم انعقاد العقد وهو ما لا يتم إلا بإقرار واعتماد نتيجة المناقصة بالترسية على عطاء بعينه .

ثم إن هذا الرأي لا يفيد في تفسير التزام مقدم العطاء بعطائه في حالة تجزئة المناقصة بين أكثر من عطاء^(١).

كما أن هذا الرأي لا يفسر من ناحية أخرى ما هو مقرر لمقدم العطاء من حق في سحب عطائه في حالات محددة دون مسئولية عقدية أو غير عقدية تنتج عن ذلك .

الرأي الثاني : وهو رأي جمهور الفقه في فرنسا ويرى أن أساس هذا الالتزام هو الإرادة المنفردة لمصدر العطاء . فهذه الإرادة هي مصدر التزامه بالإبقاء على عطائه المقدم إلى جهة الإدارة مدة معينة إلى أن يتم إرساء المناقصة وإبرام العقد^(٢).

في الفقه المصري .

لم يكن الأمر ليثير كثير خلاف في الفقه في مصر^(٣) . فقد استقر الفقه والقضاء في مصر على تأسيس هذا الالتزام على الإرادة المنفردة . وهو ما يؤكد قانون المناقصات الجديد حيث نص لاحته التنفيذية في

Jéze : op. cit. p. 120 et s. (١)

pequignot (G) : op.cit. p. 225. Jéze, op. cit. p. 122. (٢)

(٣) سليمان الطماوى - المرجع السابق ص ٢٨٢ - محمد عثمان عباد المرجع السابق ص ١٢٧ ، عبد الفتاح أبو اللين - أساليب التعاقد الإداري - ١٩٩٤ ص ٢٤٢ .

المادة ٥٩ هـ على أن : «يبقى العطاء نالغ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بفض النظر عن موعد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط» .

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأن « القاعدة هي أن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة في شروط العطاء ، وهذه القاعدة تطبيق للقاعدة العامة في مجال القانون الخاص (المادة ٩٢ من القانون المدني) والتي لم ير المشرع موجبا للخروج عليها في مجال عقود الإدارة »^(١).

وعلى ذلك أيضاً تسير المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٦ قضت بأنه «منذ أن يصدر مقدم العطاء عطاؤه يظل ملتزماً به ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كلية أو أن يخفض م ورد به من أسعار على أن يتم ذلك في الحاليتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ومن ثم فإنه لا يكون له أن يعدل عطائه بما يزيد من الأسعار التي تقدم بها ولو

(١) محكمة القضاء الإداري للدعوى رقم ٩٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ . وتنص المادة ٩٢ هـ ما يلي « ١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين موعد القبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق معادل ، ٢ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو رتب بصدور القبول فوراً بـ ، ثم يوجد ما يدل أن الموجب قد عدل من إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينقض مجلس العقد» .

كان ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المطاريق»^(١).

ب - مدة الالتزام :

يقتضى المنطق القانوني ألا يظل مقدم الإيجاب ملتزماً بإيجابه إلى ما لا نهاية . فيجب أن يتحدد هذا الالتزام بمدة محددة . وهو ما يأخذ به القانون في مصر وفرنسا . حيث أن التزام مقدم العطاء بعطائه إنما يتحدد بالمدة منذ تصديره إلى جهة الإدارة وحتى اليوم المحدد لفتح المطاريق وإرساء المناقصة . ولا يعتد بالوقت الذي تم فيه إتصال علم الإدارة بالعطاء وإنما يتحدد ذلك الالتزام منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة بصرف النظر عن وقت علمها بهذا العطاء . على أنه في كل الأحوال يجب أن يصل العطاء إلى جهة الإدارة قبل الساعة الثانية عشرة من اليوم المحدد لفتح المطاريق فإذا اتقضى هذا الميعاد قبل وصول العطاء فإن وصول العطاء بعد ذلك لا يعتد به ولا ينتج أثره . ولا تستطيع جهة الإدارة إلزام صاحبه به طالما أنها أنهت إجراءات فتح المطاريق وإرساء المناقصة وقد قضت المحكمة الإدارية العليا « ... ومن حيث أنه من المقرر أن يظل الموجب مرتبط بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول فلا يصبح الإيجاب ملزماً بعد أن لقد ما توافر له من الإلزام ويسقط تماماً وهذا هو التفسير السليم للتصوص المتقدمة ولنية الموجب فهو يقصد أن يبقى إيجابه قائماً خلال المدة المحددة مسادماً لجأ إلى التحديد وهذا ما يتفق بوجه عام مع أصول الالتزامات بحيث لا يبقى الإيجاب مفتوحاً ومعلقاً طالما حدد بشروط وبمدة معينة »^(٢).

(١) المحكمة الإدارية - الطعن رقم ١٢٥٥ لسنة ٢٥ ق جلسة بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٦

المجموعة لسنة ٢٧ ص ٧٢١

(٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٣

المجموعة جـ ٣٥ ص ٢٨٩ .

المطلب الثاني

إسناد التعاقد عن طريق المناقصة

تستهدف المناقصة العامة أساساً إسناد التعاقد على العطاء الذي تقدم بأقل سعر وأفضل شروط . وهذا المبدأ هو ما يعرف بآلية المناقصة العامة ومن ثم فإن القانون ينظم إجراءات الإسناد تنظيمًا دقيقًا يضمن من خلاله تحقق هذا المبدأ التقليدي في الإسناد .

وقد كان قانون المناقصات الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يأخذ بمبدأ آلية المناقصة .

ولاشك أن مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل يتسق ومذهب الاقتصاد الحر الذي كان سائداً في بدايات هذا القرن ، كما أنه كان يحقق فائدة محققة للإدارة من الناحية المالية حيث أنه يقتضى تنزيل العطاء على أقل الأسعار واستبعاد أعلاها^(١).

وكان هذا المبدأ هو الذى يحكم إجراءات المناقصة في فرنسا حتى منتصف القرن العشرين والذي شهد تطوراً في إجراءات المناقصة وهذا التطور اقتضته العيوب التي كانت دائماً توجه لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل السائد عند إجراءات المناقصة . ونعلل أهم هذه العيوب ما يلي :

١ - الإسناد بمقتضى السعر الأقل يؤدي إلى الاهتمام بمصلحة الإدارة المالية ولكنه يهدر مصلحتها الفنية . وهو أمر قد يعود بأعظم الضرر على مصلحة المرفق في مجموعه ، فالعطاء ذو السعر الأرخص

(١) Flamm (Maurice- Andre) , Traité Théorique et pratique des Marchés publics, p. 181.

ليس هو الأجود في كل حال وذلك في الحقيقة يؤدي إلى نتيجة قد ترتب أضراراً كثيرة هو تعاقد الإدارة مع متعاقدين ليسوا على المستوى الفني المطلوب مما يؤدي إلى تنفيذ العمل بصورة سيئة أو عدم تنفيذه أصلاً مما يترتب عليه أضرار مالية كثيرة في المدى البعيد^(١).

٢ - أن التقدم العلمي سواء في مجال الصناعة أو وسائل الإنتاج أدى إلى أهمية العوامل الفنية في التعاقد بحيث يصبح الخطأ فيها مكلفاً إلى أقصى حد .

٣ - الإسناد بمقتضى السعر الأقل لا يرتكن في إسناد المناقصة إلا على فكرة السعر والسعر في كل الأحوال هو أحد العناصر المكونة لعملية المناقصة والاعتماد به يهدر العنصر الأخرى التي يمكن في كل حال أن تقل عنه أهمية ولعل أهم هذه العناصر هي الخبرة والكفاءة ومدى تطور وسائله التكنولوجية ومركزه المالي وسوابق أعماله^(٢).

٤ - ثبت أنه في لحوال غير قليلة يتعذر فيها اللجوء إلى فكرة الإسناد عن طريق السعر الأقل ومنه مسألة تقديم الاستشارات الفنية وأيضاً في حالة الشركات التي تحتكر النشاط أو يكون عدد المتخصصين في تقديم هذا النشاط محدوداً .

لكل هذه الاعتبارات حدث تطور ملموس في آلية المناقصة العامة . فلم يعد الأمر يقتصر على فكرة الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

(١) لمؤلا العطار - وسائل تعاقد الإدارة - نظرية المناقصة والممارسة - مجلة مجلس

الدولة - س ق يناير ١٩٥٤ ص ٢٥٨ .

Flamin (M.A) : op.cit.p. 182 ,

(٢)

على أنه مع تسليمتنا بالتطور الذى حدث لى مسألة آلية المناقصة وعدم الاعتماد كلياً على المبدأ للتقليدى فى الإسناد للمشار إليه إلا أن هذا المبدأ ظل سارياً فى ظل القانون الملغى وإن كانت الانتقادات السابق الإشارة إليها قد أصابت فيه بعض التطور فلم يعد الأمر يقتصر على تفضيل العطاء الأقل سعراً ولكن أيضاً الأفضل شروطاً والأجود فنياً .

على أن القانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ عدل نهائياً عن هذا المبدأ واستحدث أسلوباً جديداً لإرساء المناقصة وهو ضرورة أن يتقدم كل متنافس بمظروفين أحدهما يحمل عرضاً فنياً والثانى يخصص للعرض المالى وذلك على التفصيل الذى سوف نراه فيما بعد .

وهو الأمر الذى سبق لنا للكتابة به حيث نلحنا الأخذ بنظام المناقصة على أساس تقديم عرض فنى وعرض مالى تطويراً لآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل والنس كانت سائدة فى ظل القانون الملغى حيث ذهبنا إلى أن^(١) «تلجأ الإدارة لى هذا الأسلوب فى المناقصات التى تتعلق بموضوعات ذات مواصفات فنية بالغة التعقيد . ففى هذا النطاق تعتبر الترسية بمقتضى السعر الأقل أمراً سيئاً شديد الخطورة . ومثال ذلك المناقصات التى تتعلق بأعمال الاستشارات الفنية أو التجهيزات الفنية أو التكنولوجية للمرافق العامة كالمستشفيات والمصانع وغيرها .

وفى مثل هذه المناقصات لا يصح الاستناد إلى السعر الأقل وذلك لأن العنصر الفنى فى هذه المناقصات لا يقن عن العنصر المالى بل إنه يعد أكثر أهمية . فالاعتماد على العنصر السعري فقط لى مثل هذه الأحوال

(١) راجع مؤلفنا لى للمناقصات العامة - دراسة مقارنة - ١٩٩٥ ص ١٦٨

يؤدى إلى انخفاض مستوى جودة الخدمات المقدمة حيث القوز بالعقود للأقل سعراً وبالتالي الأقل جهداً والأقل كفاءة ، مما نتج عنه العديد من المشروعات منخفضة الكفاءة والباهظة التكلفة ، مما يهدد استثماراتنا القومية والموارد المالية المحدودة ويعرقل جهود التنمية » .

والمناقصة على أساس تقديم عرض فنى وآخر مالى ، تخضع لذات الإجراءات والقواعد التى تخضع لها المناقصات العامة والتى سبق بيانها إلا ما تعلق منها بألية الإسناد بمقتضى السعر الأقل . وذلك لأن الإسناد هنا لا يعتمد بالعنصر المالى فقط وإنما يعتمد أساساً بالعنصر الفنى وبعد ذلك يأتى العنصر المالى . بل إن العنصر الفنى فى إطار هذه الصورة يكون له الأولوية فى الترسية على عطاء بعينه .

وتجرى إجراءات هذه المناقصة على أساس أن يتقدم كل متنافس بمظروف فنى وآخر مالى ، يحدد فى الأول المواصفات الفنية لموضوع المناقصة وشروطه المقترحة للتعاقد مع جهة الإدارة . وفى الثانى يحدد السعر وهذه الصورة تتطلب أن تحدد الإدارة فى شروط المناقصة « كراسة الشروط » خطوطاً عامة يتم التعاقد على أساسها مع إعطاء مقدم العطاء حرية تقديم عطائه فى إطار هذه الشروط بالكيفية التى يراها والتى تتناسب مع كفاءته وإمكاناته الفنية .

وتقوم لجنة فتح المظاريف بتفريغ محتوى المظاريف التى تتضمن عروضاً فنية فى مرحلة أولى ، وفى مرحلة ثاقية تتولى لجنة لبيت ترتيب هذه العروض فنياً ، وفى مرحلة ثالثة يتم فتح المظاريف التى تحتوى على العروض المالية . ويتم الإسناد بعد عمل الترتيب النهائى الذى يأخذ فى اعتباره العامل المالى . فليس هناك ثمة إلزام بالترسية على العطاء الأقل

سعراً وذلك نظراً لكون هذا العطاء أقل من العطاءات الأخرى في القيمة الفنية .

ولاشك أن هذه الصورة تمثل تطوراً كبيراً لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل . وهو تطور أملت حاجة الإدارة لذاتها . وكذلك أملت أنه تعقد المواصفات الفنية والتكنولوجية لموضوع المناقصة بصورة لم يعد يجدى معها الاحتفاظ بالمبدأ التقليدى في الإسناد .

على أن الملاحظ أن القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد استبدل بألية الإسناد بمقتضى السعر الأقل طريقة العرض الفني والعرض المالى وجعلها أيضاً طريقة الإسناد التى تلجأ إليها الإدارة في الأحوال التى لا تعتقد فيها المواصفات الفنية ولا يستدعى الأمر اختلاف العروض من الناحية الفنية كما يحدث في عقود التوريد لأصناف محددة المواصفات بصفة قطعية أو شراء أو بيع العقارات ففي مثل هذه الأحوال يظل اللجوء إلى آلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل أكثر جدوى . وهو ما سوف نتبينه حين دراسة كيفية الإسناد كما نظمها القانون الجديد إذ تتطلب مزيداً من الإجراءات تستغرق وقتاً طويلاً .

وسوف نتناول : كيفية إسناد المناقصة بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

الفرع الأول

كيفية الإسناد في المناقصة بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

نصت المادة العاشرة من القانون على أن تقدم العطاءات في مطروقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالى . ويقتصر فتح مطاريق العروض المالية على العروض المقبولة فنياً وذلك كنه وفقاً

للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية .

وفي تطبيقها على هذا النص المستحدث ذهبت اللجنة المشتركة^(١) إلى «وهي مادة في غاية الأهمية نظراً لكونها تمثل فلسفة مشروع القانون المقدم من الحكومة من حيث الاهتمام بالناحية الفنية . وكان القانون الحالي يركز الاهتمام على الناحية المالية فقط . وتقضى هذه المادة بأن يقدم العطاء في ظرفين أحدهما فني والآخر مالي ولا يفتح المظروف المالي إلا إذا قبل العطاء من الناحية الفنية .

نوبة : ضمانات الإسناد في المناقصات :

تقوم المناقصة العامة أساساً على مبدأ حرية المنافسة - كما سبق أن أوضحنا - وإذا كان هذا المبدأ واجب الاحترام في بدايات إجراءات المناقصة فإنه لازم أيضاً في نهايتها . فترسية المناقصة تمثل آخر حلقة من الحلقات الممتدة لعملية المناقصة وهي عملية في غاية الأهمية والدقة مما يتطلب بطبيعة الحال أن نحاط بصوابط قانونية معينة تكفل تمامها بصورة تفضيل عطاء على آخر أو استبعاد عطاء لصالح عطاء آخر .

و ضمانات الإسناد في المناقصة العامة^(٢) ، تتعلق من ناحية أولى بتشكيل اللجان التي تقوم بترسية المناقصة وضرورة أن يكفل هذا التشكيل حييدة هذه اللجان ونزاهتها . ومن ناحية ثانية ضمانات تتصل بطريقة عمل هذه اللجان . وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين : لتناول في

(١) من لجنة الخطة والموازنة ومكتبى لجناتى الشؤون الدستورية والتشريعية والشؤون الاقتصادية في نص التقرير راجع قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ . الهيئة العامة

لشؤون المطابع الأميرية - ١٩٩٨ ص ٢١

Quancand (MNI) : op . cit , 162 .

(٢)

الأول منهما تشكيل لجان ترسية المناقصة سواء تعلقت هذه اللجان بمجرد فتح المظاريف أو بالبت فيها . أما الثاني فنتناول فيه الضمانات التي تتصل بعمل هذا اللجان . وذلك على الوجه التالي :

١- تشكيل لجان البت :

يمثل تشكيل لجان البت في المناقصة العامة ضماناً جوهرياً للنزاهة إجراءات المناقصة العامة . ولذلك يعمد القانون إلى النص على تشكيل لجان البت وتحديد اختصاصاتها وتحديد كيفية ممارسة هذه الاختصاصات . وتشكيل لجان البت سواء في مصر أو في فرنسا من النظام العام . فلا يجوز استبعاد أحكام القانون بصدها وذلك لما تمتلئ من ضمانات أساسية لنزاهة إجراءات المناقصة . وسوف نتناول أولاً تشكيل لجان البت في القانون الفرنسي وثانياً : تشكيل هذه اللجان في مصر وذلك على الوجه التالي :

أ - تشكيل لجان البت في فرنسا :

ميز القانون الفرنسي بشأن العقود الإدارية بين تشكيل لجان البت في المناقصات المتعلقة بعقود الدولة وبين المناقصات المحلية^(١).

١- المناقصات المتعلقة بعقود الدولة أو المؤسسات والهيئات القومية :

يكون تشكيل لجان البت في هذه العقود بقرار من الوزير المختص ، ويوجب القانون نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية . ويجب أن ينضم إلى هذه اللجان عضو من جمعيات حماية المستهلك والتي تراقب لإجراءات

De Laubadere : op. cit. pp. 624 et s,

Quancard (M) : op. cit. p. 163.

(١)

لمنع الاتفاقات غير المشروعة . على ألا يكون لهذا العضو رأى عند التصويت فكل ما يستطيع أن يبديه هو آراء استشارية فقط .

٢- المناقصات المحلية :

هذه المناقصات قد تتعلق بمقاطعة أو قرية أو مؤسسة أو مرفق محلي ، وحده قانون العقود الفرنسي طريق تشكيل لجان البت في كل منها .

أ - بالنسبة للمناقصات التي تجريها المقاطعات : فإن لجنة البت تشكل برئاسة رئيس المجلس المحلي أو نائبه وعضوية عضوين من هذا المجلس يختارهما رئيسه ، وهذا المجلس يتشكل بالانتخاب ومن ثم فإنه يخضع للرقابة الشعبية بطريقة غير مباشرة . وتضم هذه اللجنة في عضويتها أيضاً مندوباً عن وزارة الخزانة ومندوب عن جمعيات حماية المستهلك .

ب - المناقصات التي تجريها القرى والمدن الصغيرة : وتشكل لجان البت من العدة رئيساً وعضوية اثنين من أعضاء المجلس البلدي وعضو من جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

ج - المناقصات التي تجريها المرافق المحلية والمؤسسات العامة المحلية . فإن لجان البت تتشكل من الممثل القانوني للمؤسسة أو المرفق رئيساً وعضوين من مجلس الإدارة يعينهم رئيس المرفق أو المؤسسة . وعضو عن جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

وتشكل لجان البت أمر يتعلق بالنظام العام وتجاوزه يؤدي إلى بطلان إجراءات المناقصة . فالتشكيل القانوني يؤدي إلى ضمان نزاهة المناقصة وشفافية إجراءاتها .

ولجان البت فى القانون الفرنسى يشمل عملها فتح المظاريف وتقرير قبول العطاءات التى تتوافر فيها الشروط المعلنة فى المناقصة . كما لها أن تستعيد العطاءات التى لا تتوافر فيها هذه الشروط .

وقرار لجنة البت بالقبول أو الاستبعاد هو قرار إدارى يخضع لرقابة القضاء الإدارى مع الأخذ فى الاعتبار أنه قرار يصدر عنها بمقتضى سلطاتها التقديرية ومن ثم لا تؤخذ هذه اللجان عن قراراتها إلا إذا كان هناك ثمة انحراف فى استعمال السلطة ، أو حين تسبب قراراتها بأسباب غير صحيحة .

كما يمتد عمل هذه اللجان إلى إعداد قائمة بالعطاءات المقبولة . وتحديد أسس المفاضلة بينها ، وكذلك اتخاذ القرار بإسداء المناقصة أو التصرف فيها وفقاً لما يلى عليه القانون .

ب- تشكيل لجان البت فى القانون المصرى

على خلاف ما ذهب إليه القانون الفرنسى بصدد تشكيل لجنة واحدة تختص بفتح المظاريف والبت فى المناقصة بمرسئها على إعطاء الأقل سعراً والأغلب شروطاً ، فإن القانون المصرى ذهب إلى ضرورة أن يكون البت فى المناقصة عبر لجنتين : اللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف واللجنة الثانية تختص بالبت فى المناقصة .

فباللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف وإثبات حالتها وبيان مدى اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة وثبت ذلك كتابة بتقرير ترفعها إلى لجنة البت فى المناقصة^(١) .

(١) سعاد الشوقارى . العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٤١٥ .

على أن القائلون المصري قد استثنى المناقصات التي تقل قيمتها عن ٥٠٠٠٠ جنيه مصري فيكون فتح المظاريف والبت فيها من عمل لجنة واحدة تختص بهذا وذلك . وعلى ذلك جرى نص المادة ١١ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

ونصت المادة ١٢ على أن «يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد .. ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل وزارة المالية إذا تجاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

ويتضح من النص السابق أن المشروع أراد أن يضع مجموعة من الضوابط التي تحكم عملية تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت في المناقصات . وهذه الضوابط تتمثل فيما يلي :

١- ضوابط تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت في المناقصات

أ - صدور قرار تشكيل هذه اللجان من السلطة المختصة . والسلطة المختصة التي تصدر قرار بتشكيل لجنة فتح لمظاريف هو رئيس الإدارة المركزية . أما بالنسبة للسلطة المختصة بتشكيل لجان البت فهي سلطة الاعتماد المختصة .

ب - يجب أن يراعى في تشكيل لجان فتح المظاريف أو لجان البت أهمية وقيمة التعاقد . فإذا كانت قيمة المناقصة كبيرة فيجب أن تشكل من موظفين على درجة كبيرة من الكفاءة وكذلك من الدرجات الوظيفية العليا التي تتناسب وأهمية المناقصة .

ج - يجب أن تضم لجان فتح المظاريف ولجان البت في المناقصة عناصر قانونية وفنية ومالية حتى تكون هذه اللجان على دراية كاملة بكافة جوانب المناقصة . وحتى تخرج إجراءاتها سليمة وتحقق الهدف منها .

د - ويجب أن تمثل وزارة المالية في لجان البت إذا زادت قيمة المناقصة عن ٢٥٠ ألف جنيه وهذا شرط خاص بتشكيل لجان البت في هذه المناقصة وذلك تليدراً من المشرع لأهميتها . ويترتب على عدم حضور مندوب وزارة المالية في مثل هذه الأحوال عدم صحة انعقاد اللجنة مما يترتب عليه بطلان قراراتها .

هـ - إذا زادت قيمة المناقصة عن ٥٠٠ ألف جنيه يجب أن يضم لجنة البت مندوب عن وزارة المالية وعضواً من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة . وترتب القانون على تعيب أحدهما أو كليهما عدم صحة انعقاد لجنة البت مما يترتب عليه بانتعية عدم صحة إجراءاتها .

أثر مخالفة تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت .

يثار التساؤل هل يترتب على عدم اجتماع هذه اللجان على غير الوجه الذي حدده القانون - بأن كانت هذه اللجان غير كاملة على الوجه السابق بيانه - بطلان اجتماعاتها وبالتالي بطلان أعمالها .

هذا هو الرأي الذي ذهب إليه البعض مقررراً أنه «يجب بطبيعة الحال أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر في الأمر الصادر بتشكيلها ، وإلا كان اجتماعها باطلاً ، وقراراتها باطلة بالتبعية»^(١).

(١) سليمان الطعاري - المرجع السابق - ص ٢٨٨ معاد الشرفاوي - المرجع السابق

وعلى عكس هذا الرأي ذهبت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٩١ إلى أن « المشروع قد أُنِيط بالسلطة المختصة بالجهات الإدارية تشكل لجان فتح المظاريف والبت وضماناً لسلامة عمل تلك اللجان وسعيًا وراء تحقيق الغرض المرجو منها فقد قرر ضرورة تضمين تلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية إلا أن المشروع لم يعلق صحة عمل تلك اللجان على ضرورة حضور كل العناصر المشار إليها ذلك أنه إذا كان قد أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك ويؤكد هذا النظر أن المشروع عندما رأى ضرورة وأهمية حضور عناصر معينة كمندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشكيل لجنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديرية للمناقصة حدوداً معينة . فإنه قرر عدم صحة انعقادها إذا تخلف مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى»^(١).

وليس الحقيقة نرى ، أن ما ذهبت إليه لجنة الفتوى بمجلس الدولة أمر محل نظر . وذلك لأن غياب أحد أعضاء اللجنة سواء أكانت لجنة فتح المظاريف أم لجنة البت فيها أمر يخل بضمانات محققة نص عليها القانون هي في أساسها تعد أشكالاً جوهرية مقرررة لصالح مقدمى العطاءات . فهذه التشكيل هو الذى يضمن سلامة إجراءات الترسية وشفافيتها والقول بغير ذلك كما نذهب اللجنة يخل بمبدأ حرية المنافسة بين المتنافسين . فالقانون

(١) ملف رقم ١٨٧/٢/١٧ - وخصت اللجنة إلى صحة انعقاد لجنة فتح المظاريف

بدون حضور العضو القانوني - راجع في ذلك أحمد منصور - المرجع السابق

عندما اشترط أن يشمل تشكيل هذه اللجنة أو تلك عناصر مالية وفنية وقانونية استهدف أن تقوم هذه اللجان بعملها في إطار من انهم الفني والقانوني لإجراءات المناقصة .

**جدول يوضح حضور ممثل وزارة المالية وعضو مجلس الدولة
حين البت في إجراءات التعاقد أيا كانت الوسيلة المتبعة**

المناقصات والممارسات الخارجية	المناقصات والممارسات الداخلية	العضو الواجب حضوره
مليون جنيه	إذا تجاوزت القيمة ٢٥٠ ألف جنيه	ممثل وزارة المالية
مليون جنيه	إذا تجاوزت القيمة ٥٠٠ ألف جنيه	مستشار من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة

٢ - الضمانات التي تتصل بعمل لجان البت .

لم يكتف القانون ولائحته التنفيذية بالنص على تشكيل لجان البت في المناقصات ، وبين ضوابطه وإتم ملتزم ضمانات أخرى تكفل لهذه اللجان أداء عملها للحفاظ على مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المساواة بين مقدمي العطاءات . وهذه الضمانات تتمثل في ضرورة أن تمارس هذه اللجان عملها في جلسات علنية ، وأن تتم كتابة هذه الإجراءات في محاضر وتقارير رسمية .

وتمثل لكتابة هذا إجراء جوهريا يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات التي تقوم بها لجان فتح المظاريف أو البت في المناقصة .

ويجب على لجنة البت في القانون الفرنسي أن تثبت كتابة بيانات العطاءات التي قدمت في المناقصة ثم تقوم بعداد قائمة بترتيب العطاءات

التي سوف يختار من بينها العطاء الفيزيائي^(١).

وفى القانون المصري تستلزم المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات أن يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بإثبات عدد المظاريف في محضر فتح المظاريف . كما يجب عليه إثبات حالة العطاءات من حيث اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة والنأشير بدوائر حمراء على البيانات التي يصاحبها كشط أو تغيير أو نحو ذلك واستلمت أن يقوم رئيس اللجنة وأعضاؤها بالتوقيع على كافة الأوراق المرتبطة بالعطاء مع ضرورة ترقيمها وبعد ذلك يوقع رئيس اللجنة وأعضاؤها على محضر فتح المظاريف ويرفق به جميع الأوراق الخاصة بالعطاءات ويسلمها للجنة «الموظف» المختص توطئة لتسليمها إلى لجنة البت المختصة .

نقياً : كسمة الإسناد

بمصر الإسناد في المناقصة العامة حسب ما استحدثه القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بمرحلتين : الأولى تعنى بترتيب العطاءات بناءً على العرض انتهى ثم المرحلة الثانية : فتح المظاريف المالية . وذلك كمدريلي :

١- محض العروض الفنية .

تبدأ المرحلة الأولى في إسناد التعاقد عن طريق المناقصة كما تحددها المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية بدارسة العروض الفنية والتحقق من مطابقتها للعواصف والشروط المطروحة على أساسها المناقصة ، ولجنة أن تشكل من بين أعضائها أو غيرهم من أهل الخبرة نجاة فنية لدراسة العروض ورفع تقرير بنتائج الدراسة إلى لجنة البت .

ويجوز للجنة أيضاً أن تستوفي من مقدمى العروض ما تراه من بيانات ومستندات واستيضاح كل ما غمض من أمور فنية بما يعينها فى إجراء عملية التقسيم الفنى الدقيق للعروض وذلك دون الإخلال بتكافؤ الفرص والمساواة بين مقدمى العروض . فالأمر يقتصر على مجرد استيضاح أو استفسار عن بيانات معينة .. ولا يتجاوزه إلى إضافة مواصفات جديدة أو تعديل مواصفات بالعطاء ففى ذلك إخلال بمبدأ تكافؤ الفرص بين مقدمى العروض .

وبعد أن تنتهى اللجنة من دراسة العروض المقدمة فإن الأمر لا يخلو من فرضين إما قبول العرض الفنى وإما رفضه ويجب أن تبين اللجنة بالتفصيل الكافى لوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات فى العطاءات التى تسفر الدارسة عن عدم قبولها فنياً .

وإن اختلف أعضاء لجنة البت فى الرأى حول قبول أو رفض أى من العطاءات من الناحية الفنية فإن المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية تحيل الفصل فى الموضوع إلى السلطة المختصة .

٢- فتح المظاريف المالية :

بعد اعتماد توصيات لجنة البت من السلطة المختصة . فإنه يجب تحديد موعد لفتح المظاريف المالية بالنسبة للعطاءات المقبولة فنياً . ويجب ألا تقل المدة بين تاريخ إعلان أسباب القرارات بقبول أو استبعاد العروض الفنية وبين انعقاد لجنة فتح للمظاريف المالية . وبعد مراجعة محتوى هذه المظاريف . تتولى لجنة البت إجراء المقاضلة بين العروض وفقاً لما تقضى به المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية وذلك بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية مع الأخذ فى الاعتبار شروط توفير الضمان

والصيانة وقطع الفيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف وطبيعة موضوع التعاقد . وإذا تضمنت شروط الطرح تقييم العروض بنظام النقاط فيتم ترتيب أولوية العطاءات بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها .

مما سبق يتضح أن الأسلوب الذي استحدثه القانون الجديد للمناقصات في الإسناد يهتم أساساً بالمواصفات الفنية للسلعة التي تحتاجها الإدارة وهو أمر سبق أن طالبنا به كتنظيم لازم على المبدأ التقليدي في الإسناد والذي كان يعرف بألية للمناقصة . على أنه يلاحظ أن هذا الأسلوب يستغرق وقتاً وإجراءات كثيرة وهو أمر مقبول إذا كان موضوع المناقصة سلعة لها مواصفات فنية متطورة ومتبينة . غير أن هذه الإجراءات تصبح غير ذات جدوى إذا كان موضوع المناقصة سلعة لا تختلف مواصفاتها الفنية أو تتباين كما يحدث غالباً في عقود التوريد كعقود توريد سلعة محدودة المواصفات ، وكذلك في العقود الإدارية التي يكون محلها شراء أو بيع عقار ففي مثل هذه الحالات كان يجب على المشرع أن يستبقى ألية الإسناد بمقتضى السعر الأقل توفيراً للوقت والجهد وتحقيق المصلحة المالية للإدارة من غير إهدار للاعتبارات الفنية .

المبحث الثاني **التعاقد عن غير طريق المناقصة**

المطلب الأول **لممارسة العامة**

جعل القانون الجديد للمناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨
الممارسة العامة أسنوباً رئيسياً للتعاقد الإداري إلى جوار المناقصة العامة
وجعل للسلطة المختصة الاختيار بينهما وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد .

وكقاعدة عامة يخضع التعاقد عن طريق الممارسة العامة لذات
القواعد والإجراءات التي تنظم عملية التعاقد بطريقة المناقصة العامة فيما
عدا ما ورد بشأنه نص خاص في قانون المناقصات ولائحته التنفيذية .

وبدأه يكون اللجوء إلى الممارسة العامة بقرار من السلطة
المختصة وهي التي تقرر اللجوء إلى الممارسة العامة نظراً لطبيعة التعاقد
وظروفه . ولا تلتزم الإدارة بتسبيب قرارها باللجوء إلى الممارسة العامة
ذلك أن الممارسة العامة لم تعد وسيلة استثنائية للتعاقد كما كان الأمر في
القانون الملغى .

وذلك على خلاف الممارسة المقيدة والتي يعتبر اللجوء إليها
استثناءً ويقرر مسبب وفي حالات محددة في المادة الخامسة من قانون
المناقصات العامة وهي ما يلي .

١ - الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو
أشخاص بنواتهم .

- ٢- الأشياء التي تقتضى طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها شراؤها من أماكن إنتاجها .
- ٣- الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

٤- التعاهدات التي تقتضى اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية.

ويخضع الإعلان عن الممارسة العامة لذات القواعد والإجراءات التي تخضع لها المناقصات العامة والتي سبق دراستها .

وفي الإسناد عن طريق الممارسة العامة يتم دراسة العروض الفنية كمرحلة أولى بنفس الإجراءات التي تتم في المناقصة العامة . وبعد ذلك تتولى لجنة الممارسة إجراء مقدمات العروض المقبولة فنياً وهو ما تنص عليه المادة ٤٤ من اللاحة التنفيذية لقانون المناقصات . وبعد اعتماد السلطة المختصة لتوصيات لجنة الممارسة بنتيجة الدراسة الفنية للعروض تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمي العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية والسابق تقديمها منهم - ليستسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال لجنة الممارسة . ويجب مراعاة انقضاء سبعة أيام عمل على الأقل بين تاريخ إعلان أسباب القرارات الخاصة بقبول أو استبعاد العروض الفنية في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض وبين تاريخ إرسال الإخطارات الخاصة بموعد فتح المظاريف المالية .

وتتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة مقدمات العروض المقبولة فنياً أو مندوبيهم في جلسات علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار بمراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحي الفنية والمالية .

المطلب الثاني

الاتفاق المباشر

أجاز قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في الحالات العاجلة التي لا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص من السلطة المختصة .

فطريقة الاتفاق المباشر أسلوب استثنائي تلجأ إليه الإدارة في حالة اللجوء إلى الطرق الأخرى وغالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تزيد الإدارة أن تتعاقد عليها . وعلى ذلك فإن أسلوب الاتفاق المباشر يتحرر من الإجراءات الصارمة التي تحكم المناقصات والممارسات بكافة أنواعها فهو يعطى للإدارة حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها دون اتباع إجراءات معينة .

وحددت المادة ٧ من قانون المناقصات السلطة المختصة بالترخيص للتعاقد بالاتفاق المباشر كما يلي :

أ - رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى ، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل ، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال .

ب - الوزير المختص ومن له سلطاته ، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو أعمال الفنية أو مقاولات النقل ، وثلاثمائة ألف

جنیه بالنسبة لمقولات الأعمال .

ورئيس مجلس الوزراء ، في حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود المتصوص عليها في البند (ب) من الفقرة السابقة .

وعلى ذلك فإن رئيس مجلس الوزراء يستطيع أن يأذن بالتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر بدون حد أقصى وهو أمر يتنافى مع كون الاتفاق المباشر طريقاً استثنائياً للتعاقد .

الباب الثالث

التحكيم والعقود الإدارية

التحكيم والعقود الإدارية

التحكيم أسلوب لغض المنازعات ملزم لأطرافها . وينبنى على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عانيين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع .

والتحكيم بهذا المعنى يقدم على اعتبار أنه بديل للنظام التقاضى أمام المحاكم التى تنظمها الدولة . فهو يتميز ببساطة إجراءاته وسرعته فى الفصل فى المنازعات . وذلك راجع إلى أن التحكيم يتخلف كثيراً من الإجراءات الصارمة التى يخضع لها نظام التقاضى .

ولذلك لأن القضاء شديد التحوط لحقوق الأفراد . وهو ينظر فى الأتزعرة التى تعرض عليه ، ويقضى فيها بحكم وفق إجراءات حددها القانون لا يستطيع أن يعيرها أو يبدلها .

هذا كله بخلاف التحكيم . ف أطراف المنازعة يختارون من يقضى فى خصومتهم ، ويختارون الإجراءات التى يجب أن يسيروا عليها حين الفصل فى هذه الخصومات . هذا فضلاً عن تحديد المدة التى يجب صدور حكم التحكيم خلالها . وهذه أمور غير واردة عند التقاضى أمام المحاكم ، فقد تستمر المنازعة أمام القضاء سنين عدداً .

والتحكيم بهذا المعنى وجد نطقه الطبيعى منذ أمد بعيد فى منازعات التجار . فالمعاملات بصفة عامة شديدة الحساسية لمشكلة الوقت الذى تستغرقه المنازعات أمام القضاء .

على أنه فى الآونة الأخيرة بدأ التحكيم يقدم على أنه نظام عالمى وبدأ نطاق تطبيقه يتسع ليشمل منازعات جديدة . وبدأت الأمم المتحدة والأجهزة القانونية التابعة لها تنشط فى إصدار مشروعات القوانين التى

توحيد التحكيم ونعم أنظمته وتدعو الدول الأعضاء للأخذ بها . علاوة على إبرام المعاهدات الدولية التي تضمن لأحكام التحكيم ذات الفاعلية والاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني .

على أنه مهما قيل في التحكيم من مميزات ، فإنه على خلاف القضاء فيه ترخص في الضمانات الإجرائية والموضوعية ، ثم إنه يضع الخصومة بين يدى هيئة تحكيم هي في الغالب أجنبية ، وتطبق قانوناً أجنبياً ، والحكم فيه نهائى لا يقبل الطعن فيه إلا فى أحوال استثنائية .

وترتباً على ذلك لم يكن إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية أمراً سهلاً . وهو ما نوضحه فيما يلى :

فى الفصل الأول : التحكيم فى العقود الإدارية فى فرنسا . وينقسم بدوره إلى مبحثين نتناول فى الأول الحظر التشريعى للتحكيم فى العقود الإدارية وموقف القضاء منه ، وفى لثنى نتناول فيه الاستثناءات التى أجازت التحكيم فى العقود الإدارية .

أما الفصل الثانى : فسوف نخصصه لدراسة التحكيم فى العقود الإدارية فى مصر ، ونقسمه إلى ثلاثة مبحث نتناولها كما يلى :

المبحث الأول : غياب النص التشريعى واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الثانى : القانون ٦٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الثالث : القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وخضوع العقود الإدارية للتحكيم .

أما الفصل الثالث : فنرصد فيه آثار التحكيم على العقود الإدارية .

الفصل الأول

التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا^(١)

تعتبر فرنسا مهد القانون الإداري . فهو قد نشأ فيها نظروف تاريخية في أواخر القرن التاسع عشر . وهو قانون غير مقنن يرجع الفضل في إرساء قواعده وتحديد نظرياته إلى القضاء الإداري الفرنسي .

ونظرية العقد الإداري باعتبارها إحدى نظريات القانون الإداري تستمد أحكامها وقواعدها من أحكام القضاء .

هذه النشأة القضائية للقانون الإداري ولنظرية العقد الإداري ، أدت إلى وجود ارتباط ضروري بين وجود العقد الإداري وبين القضاء الإداري . فبناءً على نظرية للعقد الإداري تختلف عن القواعد التي تحكم للعقد المدني . باعتبار أن العقد الإداري سواء في إبرامه أو في تنفيذه أو في الآثار التي تترتب عليه يختلف عن العقد المدني .

- DELAUBADÈRE (André) : F. Moderne. P. Delvolve: Traité (١) des con- trats administratifs. L.G.D.J. l éd 1984 T. II n os 1719

p. 943 et s.

- Auby (J.M) : L'arbitrage en matière administrative, A.J. 1955 I . p. 81.

- Foussard (D) ; L'arbitrage en droit administratif. Rev. de l'arbitrage 1990. p. 4.

- Pactrusu (B) : L'arbitrage en droit administratif . Juris. Class. Proc. Civil, Fasc n° 1048.

- Chapus (René) : droit du contentieux administratif 6 éd . Montchrestien. P. 209.

- Stillm : L'arbitrage en droit administratif th daris 1960.

- Paisoye (J) : juridictions arbitraies dans contentieux administratif A.J 1969 .

هذا التراث القضائي الذي انشأ القانون الإداري وشيد نظرياته ومنها نظرية العقد الإداري يفسر لنا الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي من عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية . وإذا كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٦ نص في المادة ١٠٠٤ على عدم جواز التحكيم أو التصلح بالنسبة للمنازعات التي يجب إبلاغ النية العامة بشأنها .

ثم حددت المادة ٨٢ من القانون الأشخاص العامة الواجب عرض منازعاتها على النية العامة ومن بينها المؤسسات العامة . فبن القضاء العادي على خلاف القضاء الإداري قد استخدم حيلاً كثيرة للحد من نظام هذا الحظر . كما أن المشرع الفرنسي قد تدخل أكثر من مرة للحد من نطاق هذا الحظر .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى بحثين . نتناول في الأول : الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية وموقف القضاء منه ، والثاني : الاستثناءات التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الأول

الحظر التشريعي للتحكيم في العقود

الإدارية وموقف القضاء منه

نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادتين ٨٢ ، ١٠٠٤ :
مسله على حظر التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدولة أو بالأشخاص العامة إذا كان من الواجب إبلاغ النية العامة العلمة في شأنها .

وظاهر الحظر الوارد في نص المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي أصبحت المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحديث^(١) يشمل كل المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها حتى ولو تعلق الأمر بعقد من عقود الإدارة التي تختص بها المحاكم المدنية أو التجارية . واعتبر هذا الحظر متعلقاً بالنظام العام لا يجوز مخالفته . ولم يعلم بذلك القضاء العادي الفرنسي . فقد كان الواقع يبين أن الدولة أو إحدى المؤسسات العامة تضطر إلى إبرام عقود تقبل فيها شرط التحكيم لا سيما عقود التجارة الدولية والتي أصبحت في أغلبها عقوداً نموذجية لا يملك المتعاقدان تغييراً جوهرياً لشروطها ومن ذلك شرط التحكيم .

وقد حدث أن قامت إحدى المؤسسات العامة الفرنسية وتسمى Office National Interprofessionnel Cereals (O.N.I.C) دعوى تعويض على قبطان سفينة San Carlo عن أضرار لحقت ببضاعة لها نقلها من اثيوبيا إلى فرنسا أمام المحاكم الفرنسية . فدفع صاحب السفينة بعدم اختصاص المحكمة الفرنسية بنظر النزاع حيث أن وثيقة الشحن والتي وقعت عليه المؤسسة الفرنسية تقضى بخضوع الملازعات

(1) Art. 2060. (L. n° 72 - 626 du 5 juill. 1972) . On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public .

(L.n° 75- 596 du 9 juill. 1975). «Toutefois, Des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre » .

GOCBEAUX (Gilles) . BLHR (philippe) et. HENRY (Xavier) code civ- II 24^{ed} . 1997 . Dalloz - p 1518 .

الناشئة عن العقد للتحكيم طبقاً لأحكام القانون الإيطالي في جنوة .

وقضت محكمة Aix en. Provence في ١٥ مايو ١٩٥٩ بعدم اختصاصها وذلك لأن العقد من العقود الدولية والتي لا يخضع للحظر الوارد بمقتضى المادتين ٨٣ ، ١٠٠٤ . وأن تطبيق هذا للحظر على مثل هذه الاتفاقيات سوف يضر بمصالح البلاد وسمعتها في محيط التجارة الدولية^(١). وهو ما سبق وقرره أيضاً محكمة استئناف باريس في ١٠ أبريل ١٩٥٧ .

وأبدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم في ١٤ أبريل ١٩٦٤^(٢). على أنه في الجانب الآخر ظل مجلس الدولة الفرنسي رافضاً للتحكيم في العقود الإدارية^(٣). ودرج مجلس الدولة للفرنسي على بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية وذلك استناداً إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وإلى أن اختصاصه بنظر منازعات الأشخاص العامة أمر من النظام العام ولا يمكن مخالفته .

وذهب مفوض الدولة إلى أن الوزراء لا يستطيعون حل المنازعات باللجوء إلى التحكيم وترك الاختصاص القضائي وذلك لأن التحكيم لا يكفل ذات الضمانات التي يوفرها القضاء ولم يفرق مجلس الدولة في إبطاله

(1) Aix en Provence. 5 Mai 1959. O.N.L.C-C uptaine S S San Carlo. Revue Trimestrielle de droit Commercial . 1959 p. 875 note Boitard.

(2) Cass. Civ. 14 Avril 1964 sirey 1964 not j : Robert.

(٣) راجع :

VEDEL (G). Delvolvé (P). : droit administratif. T. 2. p.u.f. 1992 pp. 49 et s.

لشروط التحكيم من منازعات الدولة أو الأشخاص العامة أو الإقليم^(١).

وفي أحد أحكام المجلس ذهب مفوض الدولة GAZU إلى أن حظر التحكيم في منازعات الأشخاص العامة مبدأ قانوني وقضائي مستقر دون حاجة إلى الإسناد إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لا سيما المادتين ٨٢ ، ١٠٠٤^(٢).

وإزاء هذا الموقف الصارم من مجلس الدولة الفرنسي وتعميمه على كافة المنازعات التي تتخطى بمرقعي عام حتي وإن لم تكن من طبيعة إدارية . فقد تدخل المشرع الفرنسي للحد من إطلاق هذه القاعدة^(٣).

-
- (1) Chopus (R): droit administratif general, T.I. 6^e éd. Montchrestien. 1992 p. 281 . De laubadère : Contrats administratifs. T.II L.G. D. J. Paris. 1984, p. 950 C.E. 27 Mars 1893, ch. De Fer du Nord. S. 1894 p. 119 Concl. Romieu. «Les ministres ne peuvent remettre aux des arbitres la solution d'une question litigieuse. Parce qu'ils ne peuvent se dérober aux Juridictions établies » .

وانظر أحكام المجلس في هذا الاتجاه أيضاً :

C.E. 22 janvier 1947. Dedachy Rec . p. 93 .

C.E . 28 Avril 1948 Office public d'habitations a bon marché de selme-et-Eolse . Rec . P: 180 .

C.E. 27 Décembre 1948 . Hospices de Montpellier Rec . P. 497.

C.E. 5 Juillet 1950 . société Française de Constuctions . Rec. p. 416 .

- (2) C .E. 13 Décembre 1957 . la société nationale de ventes des surplus (S.N.V.S) . AJ . 1958 . 2. p. 91. concl F. Gazin , note J L. L'huillier, JCp 1958 n° 10800 .

- (3) Storme (M) : L'arbitrage entre personnes de droit public et personnes de droit public et personnes de droit privé . Rev . Arbitrage 1978 . pp. 113 et s.

المبحث الثاني

الاستثناءات التشريعية

التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية

تدخل المشرع الفرنسي - أكثر من مرة - لتقرير جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كما يلي :

أولاً : قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦ وجواز التحكيم في بعض العقود الإدارية .

ثانياً : قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ وجواز التحكيم في العقود الدولية .

المطلب الأول

قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦

نص هذا القانون في المادة ٦٩ منه على جواز التحكيم وفقاً لأحكام الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود التشغيل العامة والتوريد^(١) وحدد هذا القانون نطاق تطبيقه ، وشروط إعماله^(٢) . وذلك على الوجه التالي :

أولاً : نطاق تطبيق القانون ١٧ أبريل ١٩٠٦

أجاز القانون التحكيم لتصفية نفقات عقود التشغيل العامة والتوريد :

(1) Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures . L'état , les départements et les Communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le titre III de code de procédure civile) .

(2) Stillmkes : L' arbitrage en droit administratif . op . cit . pp. 19, et s. De laubadé des contrats administratifs . op . cit . p. 948 .

رراجع أيضاً شمس ميرفتي على : التحكيم في منازعات المشروع العام ، المرجع السابق ، ص ٣٣٥ .

Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux public et de fournitures .
نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات ، ومن ثم لا يتعدى ذلك إلى

المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود ولا تتصل بهذه المشكلة . هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية يجب أن تتصل هذه المنازعات بعقد من عقود الأشغال العامة والتوريد . ومن ثم لا تخضع للتحكيم المنازعات التي تتصل بتصفية النفقات الناشئة عن أى عقد إدارى آخر غير هذين العهدين .

ومن ناحية ثالثة ، فإن القانون حدد نطاقه بعقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة ، L'Etat ، والمديريات Les departments والمحليات Les Communes ، وقد اعتبر مجلس الدولة هذا التعداد على سبيل الحصر . وترتيباً على ذلك استبعد من نطاق تطبيقه المشروع العام^(١) .

ثانياً . شروط إعمال القانون .

لشروط القانون لأعماله ما يلي :

١ - أن يستم اللجوء إلى التحكيم عبر مشاركة تحكيم Compromis أى بعد نشوء النزاع فلا يصح وفقاً لهذا القانون إرجاع شرط تحكيم ابتداء من العقد إنما يتم بعد حدوث النزاع . وإقرار القانون لمشاركة التحكيم دون شرط التحكيم يتفق مع ما ذهب إليه المشرع من تقييد نطاق تطبيق هذا القانون بنوع معين من المنازعات والتي تتصل بتصفية نفقات الأشغال العامة والتوريدات . فمشارطة التحكيم تبرم بعد النزاع وتخص جوانبه وتحديد طبيعته وهل يجوز فيه التحكيم أم لا ، وذلك

(1) C.E 13 Décembre 1957 , S.N.V.S, R.D.P. 1958 p. 83.

على خلاف شرط التحكيم والذي يدرج في العقد عادة عند إبرامه وقبل نشوء أى نزاع بين أطرافه .

٢- موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية والوزير المختص حسب الأحوال وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة أو التوريد الخاصة بالدولة .

٣- أما إذا تعلق بعقود بالمديريات **Departements** يجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص .

وإذا تعلق العقد بالبلديات فإنه يجب موافقة المجلس البلدى واعتماد مدير المقاطعة .

وهذه الأشكال تعتبر جوهرية ويترتب على مخالفتها بطلان مشاركة التحكيم^(١) .

المطلب الثانى

قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦

وهواز التحكيم فى العقود الدولية

حدث أنه فى سنة ١٩٨٦ أرادت فرنسا أن تتعاقد مع شركة أمريكية لإقامة ملاهى على نسق ملاهى والت ليزلى فى الولايات المتحدة الأمريكية . وأصرت الشركة الأمريكية أن تضمن للعقد شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقد ، وعرض الأمر على مجلس الدولة الذى رفض إقرار شرط التحكيم فى العقد واعتبره مخالفاً للنظام العام . كما

(1) C.E.22 Janvier 1937, Debachy, Rec. p. 93 .

أن شروط تطبيق المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحديث غير متوافرة -
إذ أن هذه المادة لا تسمح إلا بعقد مشاركة تحكم لتصفية نفقات عقود
الأشغال العامة والتوريد وذلك بعد نشوء النزاع .

وأمام إصرار الشركة الأمريكية على تضمين العقد شرط التحكيم ،
صدر قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ والذي أجاز للدولة والمقاطعات
والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع
شركات أجنبية^(١) وذلك استثناء من أحكام المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني
واشترط القانون لتطبيقه ما يلي :

١- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية ، أو يكون عقداً دولياً
ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التي تبرم بين شركات وطنية .

٢- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر
اللجوء إلى التحكيم .

ويشمل نطاق هذا القانون كل العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو
المقاطعات أو المؤسسات العامة ، ومن ثم فلا يقتصر نطاق تطبيقه على
عقود الأشغال العامة وعقود التوريد . كما أنه يجيز التحكيم في كافة
المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود .

٣- اشتراط صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على

(1) Art. 9 « Par derogation a l'article 2060 du code civil. l'Etat les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opération d'intérêt national. À souscrire des clauses compromissoires en vue de la résolution des ces contrats » .

تضمنين العقد شرط التحكيم . وذلك يكون في كل حالة على حدة . ومجلس الوزراء وهو بصدد موافقته على إدراج التحكيم بالعقد له أن يتأكد من توافر الشروط التي حددها القانون .

ويوضح مما سبق أن تطور الأخذ بنظام التحكيم في العهود الإدارية في فرنسا سواء كان ذلك في صورة الشرط أو للمشاركة يؤكد حرص المشرع الفرنسي تجاه الأخذ بالتحكيم ، وصداقية القضاء الإداري في تطبيق النصوص التشريعية التي تقرر ذلك . وذلك على الرغم من أن فرنسا كنزولة لا يمكن أن يصدق فيها تلك المخاوف التي تؤرق الأنظمة القانونية والقضائية في دول العالم الثالث بشأن التحكيم .

الفصل الثاني

التحكيم في العقود الإدارية في مصر^(١)

عرف النظام القانوني المصري التحكيم منذ زمن بعيد . على أن أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بدلاً عن القضاء لم تأخذ مكاناً عالياً في مصر إلا أوائل الثمانينات من هذا القرن مع اتجاه الدولة إلى نظم الاقتصاد الحر وتخصيص شركات القطاع العام . فبدأ الاتجاه إلى التحكيم يتزايد . وبدأ أن التنظيم القانوني الوارد بقانون المرافعات قاصر عن معالجة مشكلات الواقع العملي .

ونعل أبرز هذه المشكلات كانت تلك التي تتصل بالتحكيم في العقود الإدارية و مع غياب النص التشريعي الذي ينظم التحكيم في العقود الإدارية.

(١) راجع :- إبراهيم طلي حرس . تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة قضايا الدولة السنة ٤١ للعدد الثاني ، أبريل - يونيو ١٩٩٧ .

ص ٢

- محمد كمال منور : مدى جواز الاتفاق على الاتجاه إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية وتطبيق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ ق ، جلسة ١٩٩٠/٢/٢١ مجلة العلوم الإدارية - السنة الثالثة والثلاثون - العدد الأول - يونيو ١٩٩١ .

- أحمد الشافعي : التحكيم في عقود التجارة الدولية - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة العاشرة . ١٩٩٦ ، العدد الأول ص ٧٩ ، ومحاضرته في التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي بتاريخ ١٩٨١/٤/٩ ، نادي مجلتي الدولة سابق الإشارة إليها .

- زكي محمد النجار : الوسائل غير القضائية لحسم المنازعات الإدارية ، ١٩٩٣ ، - دار النهضة العربية ، ص ٢٢٤ .

ومع تزايد اتجاه الدولة والأشخاص العامة الأخرى إلى تضمين العقود الإدارية شرط أو مشروطه تحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود. اختلف الفقه وتضاربت أحكام القضاء حول مدى جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

وعندما صدر قانون التحكيم فى المولد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نص فى المادة الأولى منه على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطرافه من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر . أو كان تحكيميا دوليا يجرى فى الخارج وانطلق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون » .

ولم يمه هذا النص الخلاف حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية . فعلى الرغم من أن جمهور الفقه قد ذهب إلى شمول هذا النص للتحكيم فى العقود الإدارية . ذهب الرأى الآخر إلى عدم جواز ذلك ، وأن هذا النص لم يحسم الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية . وبجلسة ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٦ أصدرت الجمعية العمومية نقسقى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتواها والتى خلصت فيها إلى عدم صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية .

هذه التطورات استدعت من المشرع أن يتدخل مرة ثانية لتعديل المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وذلك بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بإضافة فقرة ثانية تنص على «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى

لخصائصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التلويز في ذلك .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناولها كالتالى :

المبحث الأول : غياب النص التشريعى واختلاف الفقه والقضاء حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الثانى : صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الخلاف حول التحكيم فى العقود الإدارية .

المبحث الثالث : خضوع العقود الادارية للتحكيم بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .

المبحث الأول

غياب النص التشريعى واختلاف الفقه والقضاء

حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية

تم يتضمن قانون المرافعات المدنية للصادر برقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بين نصوصه التى نظمت التحكيم فى الباب الثالث منه ما يحمل بين طياته لتتصاراً لراى دون آخر فى مسألة التحكيم فى العقود الإدارية .

فالمادة ٥٠١ من هذا القانون نصت على أنه « يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين » .

فهذا النص قد أجاز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين ، كما أجره فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين .

وظاهر النص بجيز التحكيم في جميع العقود بحسبته أطلق عبارة جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ، يستوى في ذلك أن يكون عقداً مديناً أو إدارياً .

وقد كان العمل بجري أن الإدارة تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد لا سيما في عقود الأشغال العامة وعقود الاستغلال^(١) . وعند حدوث نزاع تلجأ للقضاء تستند به زاعمة بأن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية . وهو موقف في حقيقة الأمر يبعث على الحيرة والدهشة .

حيرة تأتي من موقف الدولة أو الأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد ، وكانت تستطيع أن ترفض ذلك ، ويبقى للطرف الآخر - في هذه الحالة - إما قبول إبرام العقد دون شرط التحكيم - أو عدم إبرامه . ثم بعد ذلك تنقص ما سبق ووافقت عليه . وبذلك ينطبق عليها القاعدة الأصولية التي تقول من سعى إلى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه^(٢) .

(١) من النشائع إخراج شرط التحكيم في عقود البترول ، وعقود استغلال الثروات المعدنية بصفة عامة . راجع : محمد طلعت القنيس : شرط التحكيم في اتفاقات البترول ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - السنة العشرة ١٩٦٠ - ١٩٦١ ، العدد الأول والثاني ، ص ٥١ وما بعده .

حمد أبو الزوا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعده . وأيضاً أحمد الصلحاني : الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة العاشرة ١٩٦٦ العدد الأول ، ص ٧٩ .

(٢) في الحالات التي عرضت على القضاء الإداري ، كانت الإدارة قد قبلت بإرلائها شرط التحكيم في العقود الإدارية . وعند حدوث النزاع لجأت للقضاء الإداري الذي قضى باختصاصه بنظر النزاع .

والدهشة من نقاعس المشرع عن التدخل واتخاذ موقف حاسم تجاه التحكيم في العقود الإدارية أياً كانت صورة هذا الموقف .

على أنه إذا كان موقف المشرع المصري من التحكيم في العقود الإدارية غير مبرر . فإن اختلاف الرأي سواء لدى الفقه أو القضاء حول جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية كان يستند إلى مبررات قانونية . وذلك على الوجه التالي :

المطلب الأول

عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية

ذهب الرأي الأول إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ، واستند هذا الرأي إلى عدة حجج أهمها :

أولاً : التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة .

تنهض هذه الحجة على أساسين :

يتمثل الأساس الأول في أن التحكيم يعتبر في حقيقته سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي هو مظهر أساسي من مظاهر سيادتها . وإذا كان مقبولاً بالنسبة لمنازعات الأفراد بعضهم البعض ، فإن قبولها بالنسبة للدولة يعتبر ماساً بهذه السيادة .

أما الأساس الثاني فيتمثل في أن التحكيم يستبعد تطبيق القانون الوطني ويؤدي إلى تطبيق القانون لأجنبي^(١).

(١) فسي مناقشة هذه الحجج راجع : محسن شفيق : التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص ٥٠ . وانظر أيضاً أحمد الشلقاني : التحكيم في عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص ٨٢ .

وفى الحقيقة نرى أن الاحتجاج بميادة الدولة فى هذا المجال أمر
قضى غير محله ، ذلك مع التسليم بأن التحكيم يعتبر فى حقيقته سلباً
لاختصاص قضاء الدولة ، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى قانون يسمح به .
فالمشرع الوطنى هو الذى يسمح بالتحكيم حتى ولو كان اختيارياً
وأن إدارة الأطراف ليست كافية بذاتها لخلقها ، وإنما يتطلب الأمر تدخل
المشرع لإقرار النجوة إليه ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى : فإن التحكيم لا تنقطع صلته بالقضاء . فالمشرع
الوطنى فى النصوص التى تنظم للتحكيم يعرض على أن يعطى للقضاء
سلطة التدخل فى أعمال المحكمين سواء بالمساعدة والمؤازرة أو الرقابة
والإشراف وهى أمور يختلف مداها من نظام إلى آخر .

ومن ناحية ثالثة : فإنه إذا جاز للقاضى أن يحسم الخصومة بحكم
استناداً إلى رأى خبير ، أفلا يجوز أن يلجأ أطراف الخصومة إلى الخبير
مباشرة لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم^(١) .

ومن ناحية رابعة ، فإن الأشخاص العامة وهى بصدد إبرام العقد
الإدارى وإدراج شرط التحكيم فيه تستطيع تطبيق القانون الوطنى .

حقيقة الأمر أن استخدام مبدأ «الميادة فى هذا النطاق نراه أمراً فى
غير محله وإن كان مرده فيما يبدو لك خشية الدول النامية ومخاوفها من
نظام التحكيم . وللتى مدارها الاختلال الواضح وعدم التوازن الثبين الذى
يميز علاقات هذه الدول بالدول الكبرى والشركات الكبرى فيها والتي
تحرص على تضمين العقود التى تبرمها مع الدول النامية شرط التحكيم .

(١) فى هذا المعنى راجع : محسن شفيق ، لمرجع السابق ، ص ٤١ .

وذلك لكي تستبعد من خلاله المثل أمام القضاء الوطني والقانون المعمول به في هذه الدول^(١) أو الدول النامية لا تقدر عن رفض التحكيم جملة وذلك لأنه أصبح مطلباً أساسياً للشركات الأجنبية عند إبرامها للعقود الدولية مع هذه الدول .

ثانياً : جواز التحكيم في العقود الإدارية يعتبر عدواناً على اختصاص الفصل الإداري بنظر هذه المنازعات

ذلك أن اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية مقرر بنص الدستور ، فالمادة ١٧٢ من الدستور المصري تقضي بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالنظر في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى .

كما أن القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ينص في المادة العاشرة منه على أنه تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :

(حادي عشر) ... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد وبأى عقد إداري آخر .

وتطبيقاً لذلك فإن التحكيم الذي يعتبر سلباً لاختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية والذي قرره الدستور ونص عليه قانون مجلس الدولة^(٢) .

Audit (Bernard) : Jurisprudence et droit Du developpement , (١)
sous la direction De Herve Cassan, Contrats internationaux et
pays en de-veloppement 1989 , economica, p. 115 et s.

(٢) محمد كمال منير : المرجع السابق . ص ٢٢٠ .

وفى الحقيقة أن نص المادة ١٧٢ من الدستور لا تجدى فى هذا المقام . فالتص على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل فى المنازعات الإدارية بهدف إالى تقرير ضمان استقلال مجلس الدولة بنص دستورى يغل يد للمشرع العادى عن التليل من هذا الاستقلال .

أما نص المادة العاشرة فى فقرتها حادى عشر على اختصاص محاكم مجلس الدولة بون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية . إنما يقسره تطور اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات . فالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ كان يصر فى المادة الخامسة منه على أن تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد .

وبترتب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة صم جواز رفعها إلى المحاكم العادية .

وكان هذا الاختصاص المشترك والذى أقره القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ يمثل شذوذاً فى التنظيم القانونى لمسألة الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية . وهو الأمر الذى صححه القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن إعادة تنظيم مجلس الدولة إذ نص فى المادة العاشرة منه على أن يخلص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أى عقد آخر وهو ما حرص على تأكيده القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى المادة العاشرة سلافة الذكر . ومن ثم يتضح أن عبارة تختص محاكم مجلس الدولة بون غيرها .. لا يقصد منها استبعاد العقود الإدارية من نطاق التحكيم كوسيلة لفض

المنازعات . هذا فضلاً عن أن التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لم يكن له صدى في وعي المشرع حين إصدار قوانين مجلس الدولة ومنها القرار بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

المطلب الثاني

جواز التحكيم في العقود الإدارية

ذهب للرأى الثانى إلى جواز التحكيم فى العقود الإدارية وذلك استناداً إلى عدم وجود نصوص تشريعية تمنع التحكيم فى العقود الإدارية. فالمادة ٥٠١ من قانون المرافعات تلص على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين .. ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة .

ويجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلاً .

ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح ولا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه .

فهذا النص وإن لم يواجه أساساً مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية، إلا أنه أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين . وهى عبارة من السعة بحيث تشمل فى رحابها فكرة العقد الإدارى .

وإذا كان نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات قد حظر التحكيم فى

للمسائل التي لا يجوز فيها الصلح . فإنه من المتفق عليه فقهاً وقضاً أنه ليس من المحظور على جهة الإدارة التصالح في منازعات العقود الإدارية، حتى ولو لم يوجد نص يجيز ذلك بشرط ألا يمس الصلح مسائل تتعلق بالنظام العام^(١) .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها^(٢)، إلى أنه .. لا يقدح في اجتماع مقومات الصلح المشار إليه وأركانها ما أثير من أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ومن ذلك الاتفاقيات الحاصلة على كيفية المساسية بشأن تنفيذ العقود الإدارية ذلك أن القول لا يصدق على حقوق الجهة الإدارية المالية المترتبة على العقود الإدارية إلا إذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية وليست محلاً للنزاع .

وحقيقة الأمر أن استخدام نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية أمر يتجاوز حدود هذا النص فالتحكيم يعتبر طريقاً استثنائياً لفض المنازعات بصفة عامة وهو في حقيقة يعتبر عدواناً على اختصاص القضاء به من بعضاً من المنازعات التي يجب أن تخضع له . ومن ثم فإن إقراره لابد وأن يكون بنص تشريعي صريح^(٣) . وهو ما استقر عليه الأمر في فرنسا ، حيث أنه لا يسمح

(١) راجع سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٨٤ ، ص ١٧٢ .
محمد كمال منير : مدى جواز الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية .
نطلق على حكم الإدارية العليا - المراجع السابق ، ص ٣٤٣ . زكي محمد القجار :
المراجع السابق ، ص ٢٣٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية في طعن رقم ٨٠٢ لسنة ١١ في جلسة ١٩٦٨/٢/١٠
الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء الثامن عشر ، ص ٨٧٠ ، قاعدة رقم ٥٥٧ .

(٣) محمد كمال منير : المراجع السابق ، ص ٣٤٠ .

بالتحكيم في المنازعات الإدارية إلا حيث يوجد نص تشريعي يجيز ذلك .

وثمة حجة أخرى تساق للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية مستمدة من القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المادة ٥٨ إذا تنص على ، ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تجبر أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكومين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغیر استفاء إدارة الفتوى المختصة .

فهذه المادة تفيد بجواز التحكيم في العقود الإدارية . وتضع فهذا على ذلك وهو استفاء إدارة الفتوى المختصة

على أن الرأي الآخر ، والذي يرى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية يذهب إلى أن هذا النص لم يرد به ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم لفض منازعات العقود الإدارية . وذلك على اعتبار أن مشروعية الاتفاق على التحكيم مسألة منقصة عن ما يقتضيه نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة من إلزام المشرع للجهات الإدارية بعدم الاتفاق على التحكيم (لا إذا استفتت إدارة الفتوى المختصة^(١)).

المبحث الثاني

صدر القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ واستمرار الفلاف

حول التحكيم فى العقود الإدارية

بتاريخ ١٨ أبريل ١٩٩٤ صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . ونص فى مادته الأولى على مايلى :

مع دعم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .

وقد حددت هذه المادة من القانون نطاق تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص لقانون العام أو لقانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع .

فهل حسمت هذه العبارة الجدل الذى أشعلت أواره فى الفقه والقضاء فى مصر قبل إصدار القانون حول مشكلة التحكيم فى العقود الإدارية .

ذهب جمهور الفقه المصرى إلى أن هذا النص قد شغل بنطاقه العقود الإدارية بصريح نصه على امتداد تطبيقه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص .

كما أن المذكرة الإيضاحية للقانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم حين نصت على .. سريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجارى دولى يجرى فى مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو

أشخاص القانون الخاص فحسم المشروع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع .. هذا من ناحية .

على أن الرأي الآخر ذهب إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم في العقود الإدارية وذلك راجع إلى خطورة المشكلة وتشعبها وتعدد جوانبها . ومن ثم يصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التي وردت في المادة الأولى من هذا القانون . فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة وخارطة للشرعية العامة وهي قواعد القانون الإداري وهي في معظمها قضائية من حلق القضاء الإداري يصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه^(١).

وفي حقيقة الأمر أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم والمناقشات التي دارت حوله في مجلس الشعب وما أورثته المذكرة الإيضاحية لا تفتح برأي نهائي في مسألة التحكيم في العقود الإدارية . عما أن المناقشة البرلمانية لهذه المادة كانت بالغة الضعف ، ولم ترق أبداً إلى أهمية النص باعتباره يحدد نطاق تطبيق القانون .

فمن ناحية أولى : استلقت إلى معلومات خاطلة . فالقول بأن موضوع

(١) كنتم الخولي : الاتجاهات العامة في القانون للتحكيم الجديد ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري الدولي وجارب للدول المختلفة ، التي اعتمدت القانون النموذجي ، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارة الدولي ، ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤ .

التحكيم فى العقود الإدارية قد حسم بإفتاء مجلس الدولة غير صحيح . فإذا كانت الجمعية العمومية قد ذهبت إلى جواز التحكيم فى العقود الإدارية فى مستواها الأولي ١٧/٥/١٩٨٩ - فإنها فى فتاها الثانية قد قيدت ذلك بعدم استبعاد القواعد الموضوعية التى تحكم العقود الإدارية فى القانون المصرى.

هذا فضلاً عن أن المحكمة الإدارية العليا قد رفضت فى أحكامها الصادرة بعد هاتين الفتوئتين التحكيم فى العقود الإدارية . ومن ثم فإنه يبقى من غير المنطقي الزعم بأن مجلس الدولة قد اتخذ موقفاً من التحكيم فى العقود الإدارية . بل إننا سوف نرى أن الجمعية العمومية قد عدلت عن موقفها من التحكيم فى العقود الإدارية ، وذهبت فى فتوى لها بتاريخ ١٨ بتمبر ١٩٩٦ إلى عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

ومن ناحية ثانية : فإن المناقشات البرلمانية بخصوص المادة الأولى من القانون على الوجه الذى بيناه لم تنه المشكلة حتى داخل مجلس الشعب . فبعد إقرار المادة بحالتها كما جاءت بالمشروع تجدد النقاش حول التحكيم فى العقود الإدارية عند مناقشة المادة الثالثة^(١) .

(١) تنص المادة لثانية من القانون على يكون التحكيم تجارياً فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات مبالغ اقتصادية ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات والسلاحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود الترخيص وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب انقال أو النفط ، وشق الطرق والاتفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المطارات النووية .

فعندما أعترض أحد الأعضاء على أمثلة العقود التي تعددها المادة على اعتبار أن .. ضرب الأمثلة ليس من عمل المشرع بل هو من عمل الفقه والقضاء ، وفي التطبيق فهذه المادة تضرب أمثلة عديدة وعندما تسأل لماذا هذه الأمثلة ؟ فقول له أنها من أجل أن ننفذ النص صراحة على العقود الإدارية .

المبحث الثالث

خضوع العقود الإدارية للتحكيم

بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

بعد صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بعدم صحة شرط لتحكيم في منازعات العقود الإدارية . سارعت الحكومة إلى مشروع قانون بتعديل المادة الأولى من القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية . وذلك لتشمل نطاقها التحكيم في العقود الإدارية . وصدر به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ وجاءت المادة الأولى منه على الوجه التالي « تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصائر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية ، نصها كالآتي :

« وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك » .

وهذا التعديل يثير مسألتين :

الثوى : نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ .
الثانية : شروط التحكيم فى العقود الإدارية وفقاً لما يتطلبه هذا القانون .

المطلب الأول

نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

أضافت المادة الأول من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ فقرة ثانية إلى المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، تنص على «وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك» .

ونصت المادة الثانية على أن «ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره» .

أولاً : يتمثل موضوع القانون فى منازعات العقود الإدارية .

نص القانون على أنه « وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم .. » وعلى ذلك فإن هذا القانون قد شمل برحابه جميع منازعات العقود الإدارية سواء كانت فى مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما يترتب عليه من آثار ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن النص ينطبق حكمه على كافة العقود الإدارية ، فلم يخص المشرع عقوداً معينة وخصها بجواز التحكيم فيها . كما أنه لم يستبعد من نطاق التحكيم أى عقد إدارى .

ونصت المادة الثانية من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أمثلة

لكثير من العقود الإدارية حين نصت على « يكون التحكم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي . عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد لسلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشغيل والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية » .

وفى حقيقة الأمر فإن مذهب إليه المشرع المصري في قانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ من جواز التحكم في العقود الإدارية دون أن يستتبع ذلك تحديد نطاق موضوعي لتطبيقه أمر قد يؤدي إلى إهدار مصالح علي للدولة .

فالتحكم مهما قيل عن مميزاته ، فإنه في نطاق العقود الإدارية الدولية يضع المنازعة في جل الحالات - إن لم يكن كلها - بين يدي محكمين أجانب يطبقون قانوناً أجنبياً وهو يصبح أكثر خطراً عندما يتعلق الأمر بعقود تتصل باستقلال الثروات الطبيعية أو عقود الامتياز التي تتعلق بها والتي قد تمتد سنين عدداً وتنفرد آثارها إلى أجيال مقبلة . أو عقود تمس الأمن القومي مثل عقود التنمية ونقل التكنولوجيا . ففي كل هذه الأحوال يعتبر اللجوء إلى التحكم خطراً لا يتناسب مع الفائدة التي يمكن أن ترجى منه .

ذلك أنه إذا كان التحكم يستهدف تشجيع الاستثمار ، فلا يمكن أن يكون ذلك على حساب المصالح الوطنية العليا . هذا مع الأخذ في الاعتبار

أن نصيب دول العالم الثالث ومنها مصر من الاستثمارات الأجنبية مازال ضئيلاً جداً ، وهو أمر معروف رغم عدم وجود الإحصاءات الرسمية . وعلى الجانب الآخر فإن الدول العربية ، وفي مقدمتها مصر أصبحت تسرق في استخدام التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها .

فقد ورد في إحدى دراسات تحكيم غرفة التجارة الدولية بهاريس فيما يتعلق بتحكيم الأطراف العربية . أنه في عامي ١٩٨٤ ، ١٩٨٦ مثلت الأطراف العربية ما يقرب من ١٤ % من عملاتها من أصل ٣٠ % قدمها العالم الثالث (أفريقيا - آسيا - أمريكا اللاتينية) وفي المدة من سنة ١٩٨١ إلى سنة ١٩٩٠ بلغ إجمالي القضايا المصرية المرفوعة أمام غرفة التجارة الدولية بهاريس ١٤٣ قضية تلقت مصر في ٤٦ منها في مركز المدعى بينما تلقت في ١٠١ منها في مركز المدعى عليها . كما توجد لمصر ١٦ قضية أخرى أمام البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالإضافة إلى ٣٢ قضية أمام مركز القاهرة للتحكيم الإقليمي لتصل قيمة الأموال المتنازع عليها لمليار دولار على الأقل^(١).

ولا يقدح في هذا النظر ما استحدثته القانون من ضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة . مع تقرير عدم جواز التفويض في ذلك . فذاك نراه قيدا ضعيفا

(١) محمد بجاري : العالم العربي في تحكيم غرفة التجارة الدولية - نشرة هيئة التحكيم السنوية لغرفة التجارة الدولية - مايو ١٩٩٢ - مجلد رقم ٣ - ص ٨ . وانظر تعليقات وتعليقات لهذه الإحصائيات : ناريمان عبد القادر : انتقال التحكيم - المرجع السابق ، ص ١٠٧ . هادي مجدي عبد الرحمن : دور المحكم في خصومة التحكيم - المرجع السابق ، ص ٢ .

وكان أخرى بالمشروع المصري أن يستشعر خطورة التحكيم في بعض العقود الإدارية ويعمل على إحاطته بضمانات تعزز من قدرة الدولة كطرف أساسي في هذه العقود .

وحقيقة الأمر نرى أن المشرع المصري قد أهدر فرصة كبيرة أتاحت لتنظيم التحكيم في العقود الإدارية وذلك عند تدخله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ . وكان يمكن له أن يحيط العقود الإدارية بضمانات أكثر جدية منها :

أولاً : تشكراط صدور قرار من مجلس الوزراء بالنسبة للعقود التي تتصل بالتنمية ونقل التكنولوجيا أو استغلال الثروات الطبيعية وغيرها من العقود التي تتعلق بمصالح الدولة العليا أو الأمن القومي . وتلك أمور موضوعية توضح من مطالعة بنود العقد وشروطه عند إبرامه . نحن لا نقول بحظر التحكيم في مثل هذه العقود ولكن تنظيم ضمانات جدية لعدم إساءة استخدام التحكيم في مثل هذه العقود^(١) . وتعتبر موافقة مجلس الوزراء أقل ما يمكن تتطلبه في هذا المجال .

وفي القانون الفرنسي تشترط المادة ٢٠٦٠ صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقعاً عليه من وزير المالية والوزير المختص وفر التحكيم في عقود الدولة والعقود الدولية والتي تعتبر ذات نفع قومي .

ثانياً : عرفنا أن للتحكيم صورتان (الشرط - CLAUSE COM PROMISSOIRE وهو قد يرد في ذات العقد مصدر الرابطة القانونية ،

(١) في شهر مايو ١٩٩٢ خسرت مصر قضية هضبة الأهرام وواجهت مطالبات ببلغ

أو يكون في وثيقة مستقلة عنه . غير أنه يكون في كل الأحوال سابق على قيام النزاع .

أما مشاركة التحكيم COMPROMIS فهي اتفاقيات لاحقة على قيام النزاع . وعلى ذلك فإن شرط التحكيم يتعلق بنزاع محتمل إنما مشاركة التحكيم تواجه نزاعاً قائماً .

وإذا كان شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً وتطبيقاً في العمل ، إلا أننا نرى أن مشاركة التحكيم أكثر ملاءمة من شرط التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية . ذلك أن إبرام مشاركة التحكيم يكون بعد وقوع النزاع . فيكون عدد التحكيم أكثر الضبطاً نظراً لمواجهة نزاعاً قائماً فعلاً . بخلاف شرط التحكيم الذي يواجه نزاعاً محتملاً لم يتحدد معالمه بعد .

وهو الأمر الذي تنص عليه المادة ٢٠٦٠ من القانون المدلى الفرنسي حيث أنها أجازت التحكيم عبر مشاركة التحكيم وذلك لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

المطلب الثاني

شروط تطبيق القانون ٩ لسنة ١٩٩٧

نص القانون على شرطين لجواز التحكيم في العقود الإدارية وهما شرطان يتصلان بالجهة التي تلأذ بالتحكيم في العقود الإدارية .

الشرط الأول : موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة .

الشرط الثاني : عدم جواز التفويض في ذلك .

الشروط الأولى : موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة :

ووفقاً لهذا الشرط فإنه لا يجوز لأي جهة حكومية أن تضمن العقد شرطاً أو مشاركة تحكم إلا بموافقة الوزير المختص ، ومن المفترض أن الوزير المختص يراجع مشروع العقد قبل إبرامه ثم بعد ذلك يرخّص في اللجوء إلى التحكيم .

وهرت المذكرة الإيضاحية للقانون لشروط موافقة الوزير المختص على تضمين العقد شرط التحكيم « .. لاستعمالها وضماناً لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبار الصالح العام وبحيث يكون المرد في هذا الشأن للوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته في الأشخاص الاعتبارية العامة »^(١).

ومن الواضح أن هذا التعديل الذي أتى به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ كان استجابة لفتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الصادرة بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦ ، والتي جاء بها « .. وأن شمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضاً بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن خبره أو ما يغيره ، والأصل - عند عدم النص - عدم صحة ما يجره الشخص في شأن غيره وماله وأنه إذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لنقص الأهلية إلا بالكماله وصيا محكمة فإنه في

(١) انظر مضبطة مجلس الشعب - الفصل التشريعي السابع - دور الإنعقاد العادي الثاني ، الجلسة الستين - الأربعاء ٢٣ أبريل ١٩٩٧ ، ص ١٨ .

منازعات العقود الإدارية لا يصبح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية هنا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن بها في أية حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام^(١).

وفي الحقيقة ، فإن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة قد يكون كافياً بالنسبة لبعض العقود الإدارية ولكنه ليس كافياً بالنسبة الأخر والتي تتصل باستغلال موارد الدولة الطبيعية أو عقود الإمتياز المتعلقة بها وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا وغيرها من العقود التي تتصل بالمصالح العليا للدولة والتي كان يجب أن يشترط لإدراج شرط التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء ذلك أدعى للحماية وضبطاً لممارسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

الشرط السنائي : لا يجوز للوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية .

منع القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة أن يفوض غيره في ممارسة اختصاصه بالموافقة على التحكيم في العقود الإدارية ، سواء تمثل ذلك في شرط أو مشاركة تحكيم .

وعدم التفويض في مثل هذا الاختصاص مرده من ناحية أولى :

(١) فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٦

أهمية العقود الإدارية وخطورة شرط التحكيم فيها بحيث تكون موافقة الوزير على إدراج شرط التحكيم في هذا العقد ضماناً لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية نظراً لما يستتبعه ذلك من استبعاد تطبيق القانون الوطني والإلتجاء إلى هيئة تحكيم عوضاً عن اللجوء إلى قضاء الدولة المختص.

ومن ناحية ثالثة : فإن عدم التفويض يعنى حصر المسؤولية عن تضمين العقد شرط أو مشاركة تحكيم في الوزير المختص أو من يمارس اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة . ولا سيما المسؤولية السياسية وذلك عند إساءة ممارسة هذا الاختصاص بصورة تعس المصالح العليا للدولة^(١).

تلك هي الشروط التي يتطلبها القانون ٩ لسنة ١٩٩٧ لخضوع العقود الإدارية للتحكيم على أنه ثمة شرط آخر يجب إعماله بجوار ما يتطلبه هذا القانون .

وهذا الشرط تنص عليه المادة ٥٨ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة ، ويقتضى هذا الشرط ضرورة أخذ رأي

(١) يقتضى المبدأ العام أنه لا يجوز التفويض في ممارسة الاختصاص (لا بناء على قانون يجيز التفويض ، لصاحب الاختصاص ملزم بأن يمارس اختصاصه بنفسه ، وذلك لأن الاختصاص ليس حقاً لصاحبه بل وظيفة يمارسها من يراه القانون أهداً لذلك .

راجع التفويض الإداري :- محمود إبراهيم الوائلي : نظرية التفويض الإداري ، دراسة مقارنة ١٩٧٩ ، الطبعة الأولى - دار الفكر العربي . - سليمان محمد الطماوي : الوجيز في القانون الإداري - دراسة مقولة ١٩٨٩ ، ص ٥٨ .

الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع عند إبرام عقد إدارى يتضمن شرطاً أو مشارطة تحكيم إذا كانت قيمة هذا العقد تتجاوز خمسة آلاف جنيهاً . وذلك تقضى المادة ٥٨ فى فقرتها الثالثة بتصلها على ما يلى ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة » .

وطبقاً لهذا النص فإن الوزارات أو الهيئات العامة أو أى مصلحة من مصالح الدولة ملزمة بأن تستفتى إدارة الفتوى المختصة عند قيامها بأى نشاط مما ذكرته الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ سابقة الذكر ومن بينها الاتفاق على التحكيم . على أنها غير ملزمة بإتباع رأى الذى تفتى به هذه الإدارة فهو رأى غير ملزم للإدارة^(١).

(١) مصطفى أبو زيد فهمى : على القضاء الإدارى ومجلس الدولة - المرافعات الإدارية، منشأة المعارف ، ص ٧٥ .

الفصل الثالث

آثار التحكيم فى العقود الإدارية

يتمثل التحكيم أسلوباً لفض المنازعات ، ملزم لأطرافها . وينبئ على اختيار أطراف المصلحة أفراداً عاديين للفصل فى منازعاتهم .

وعلى ذلك فإن نظام التحكيم أساسه إرادة أطراف النزاع ، فهم الذين يفضلونه على قضاء الدولة ، وهم الذين يحددون عدد المحكمين ويسمونهم إن شاءوا ويعيّنون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد التى يخضع لها . وعلى ذلك فإن التحكيم يقتضى فى غالب الأمر ولا سيما فى العقود الدولية التى يكون طرفها أجنبياً أمران :

الأمر الأول : استبعاد قضاء الدولة والاستعاضة عنه بهيئة تحكيم يختارها الأطراف ويعهدون إليها ببعض المنازعات التى تنشأ بينهم .

الأمر الثانى : استبعاد تطبيق القانون الوطنى على النزاع واختيار قانون أجنبى لتطبيقه على العقد .

ونظرية العقود الإدارية ككل نظريات القانون الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر هى نظرية قضائية فى المقام الأول . وإن كان هذا الأمر لم يمنع من تدخل المشرع لتنظيم جانب أو أكثر من جوانب العقود الإدارية ، أو عقد إدارى معين .

ويرتقب على ذلك .. خضوع العقود الإدارية لنظام قانونى وقضائى مختلف عن النظام القانونى والقضائى الذى تخضع له العقود المدنية .

وعلى ذلك فخضوع العقد الإدارى لنظام قانونى لا يعتد بنظرية العقد

الإدارى كمبدأ هـى معروفة فى فرنسا ومصر والدول التى تأخذ بهذا النظام يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه .

ومما سبق يتضح أن التحكم قد لا تتفق مع خصائص العقد الإدارى والنظام القضائى والقانونى الذى يحكمه . فتضمن العقد الإدارى شريط التحكم يؤثر على خصائص هذا العقد وعلى النظام القانونى الذى يحكمه :-

ومن الواضح أن خضوع العقد الإدارى للتحكم يؤثر على معيار تمييز العقد الإدارى . فالإدارة قد تبرم نوعين من العقود ، عقود مدنية وعقوداً إدارية ، والعقود الإدارية لا تكفى أن تكون جهة الإدارة طرفاً فيها . وإنما يجب علاوة على ذلك أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن تضمنه الإدارة حين إبرامه شروطاً غير مألوفة استثنائية تجعل للإدارة مركزاً متميزاً عن مركز المتعاقد معها . ومرد ذلك بطبيعة الحال تحقيق المصلحة العامة .

ولما كان التحكم اسلوباً لغض المنازعات ، ينبى على إرادة الأطراف فهم الذين يختارونه ، ويحددون الإجراءات التى يجب على هيئة التحكم إتباعها حين الفصل فى المنازعة ، فإن التساؤل يثور عن أثر التحكم على المعيار المميز للعقد الإدارى من حيث اتصاله بمرفق عام ومن حيث قدرة الإدارة على تضمين العقد الشروط الاستثنائية .

فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً غير مألوفة فى عقود الأفراد فى القانون المبنى ، وبها تكون الإدارة فى مركز متميز عن مركز الأفراد . فإن مرد ذلك هو اتصال العقد الإدارى بنشاط مرفق عام أساساً يستهدف إشباع حاجة عامة وتحقيق مصلحة عامة . فإنه يخضع

المبدأ حاكمة لنشاطه أهمه دوام سير المرفق العام بتنظيم واطراد . هذا
المبدأ يقتضى أن يحتوى العقد من الشروط ما يضمن قيام المرفق باداء
الخدمة بتنظيم واطراد .

على أن خضوع العقد الإدارى للتحكيم يصعب معه التسليم بذلك إلا
إذا خضع العقد للنظام قضائى يمايز العقد الإدارى من العقد المدنى . فكما
هو معروف ليست كل النظم القانونية تعرف هذا التمايز .

وعلى ذلك فخضوع العقد الإدارى لنظام قانونى لا يعد بنظرية العقد
الإدارى كما هى معروفة فى فرنسا ومصر والدول التى تأخذ بهذا النظم
يؤثر على طبيعته ومركز الإدارة فيه .

وإذا كان التحكيم الداخلى قد يحفظ للعقد الإدارى خضوعه للنظام
القانونى المصرى . ومن ثم يستصعب معه القواعد الموضوعية على
المنازعة الإدارية ، ففى مثل هذه الحالات يمكن الحفاظ على خصائص العقد
الإدارى مع وجود شرط التحكيم . ففى التحكيم الداخلى فى غالب الأحيان
يكون للغرض من التحكيم استبعاد الاختصاص القضائى توكيلاً للسرعة فى
فصل المنازعات دون أن يستتبع ذلك بالضرورة استبعاد القواعد
الموضوعية التى تطبق على العقد . وهو التحكيم الذى أجازته الجمعية
العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بفتواها بجلسة ١٩٩٣/٦/٧ قبل إصدار
قانون التحكيم الجديد^(١) .

أما عند خضوع العقد الإدارى للتحكيم الدولى ، وخضوعه للنظام
قانونى وقضائى لا يعرف التمييز بين العقد المدنى والعقد الإدارى ، فإن

(١) راجع ما سبق من : ٧٢ .

ذلك يستتبع أن تتجرد الإدارة من سلطاتها التي تكون لها بمقتضى العقد الإداري ويقف شرطاً مهماً من الشروط التي تميزه . ومن ثم يؤدي بالعقد أن تتحول طبيعته إلى عقد مدنى . وذلك ما لم تشترط الإدارة صراحة فى العقد تضمينه الشروط الاستثنائية أياً كان النظام القانونى الذى يخضع له العقد . وهو أمر غير متاح فى أغلب الأحيان وذلك لحرس المتعاقدين الأجانب أن ينأى بنفسه وبالعقد عن النظام القانونى والقضائى الوطنى . وعلى ذلك فإن خضوع العقد الإدارى للتحكيم على هذه الصورة يؤدى إلى هدم لأهم عناصر نظرية العقد الإدارى كما شاهدها مجلس الدولة سواء فى فرنسا أو فى مصر ولعل هذه النتيجة تفسر لنا تشدد القضاء الإدارى وعدم تسامحه تجاه إدراج شرط التحكيم فى العقود الإدارية إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة .

الباب الرابع

آثار العقد الإداري

الفصل الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة

وسلطات الإدارة في مواجهته

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التي نص عليها العقد وفقاً لما اتفق عليه . وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٦/٥/١٩٩٥ « ... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تحدد طبقاً للنصوص العقد ، من ثم فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه ، مرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرف التعاقد هو شريعتهم التي تلاقى عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته»^(١) .

وعلى ذلك فإن محور التزامات المتعاقد مع الإدارة تدور حول تنفيذ التزاماته بصفة شخصية وفقاً لما نص عليه العقد المبرم بينه وبين الإدارة . وما تنص عليه القوانين واللوائح . وذلك كما يلي :

(١) المحكمة الإدارية العليا : الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٢٢ في جلسة ١٦/٥/١٩٩٥
للموسوعة الإدارية الحديثة الجزء ٤٩ ص ١٥٣ .

المبحث الأول

التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته شخصياً

كما سبق؛ ورأينا فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يخضع لإجراءات محددة ومنظمة وذلك لارتباط العقد الإداري بنشاط مرفق عام ، وعلى ذلك فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يبنى أساساً على الاعتبار الشخصى ومن ثم يجب أن يقوم المتعاقد شخصياً بتنفيذ الالتزامات التى تنتج عن العقد . والتزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه التزام عام يشمل جميع العقود الإدارية ، على أن ذلك قد يختلف فى مدى الالتزام به من عقد إلى آخر . ففى عقد الالتزام يكون تطبيق هذا الالتزام بصورة كاملة وذلك ناتج - بطبيعة الحال - من الصلة المباشرة بين المرفق والملتزم والتى تضمن له الهيمنة الكاملة على المرفق .

وفى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى إلى «أن العقد المبرم بين المدعى والحكومة هو من العقود الإدارية التى يحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية ... أى أن المتعاقد يجب أن ينقذها شخصياً وينفذه ...»^(١).

وفى هذا السياق قررت المحكمة الإدارية العليا ذات المبادئ فى حكمها بتاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٨ «أنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ س ١١ ص ١٧٤ .

غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن»^(١).

وفى حكم آخر لها بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٥ ذهبت إلى أن «... تنازل المقلول عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية بصم التنازل بالبطان ولا يحتج به في مواجهة الجهة الإدارية فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين جهة الإدارة أي علاقة تعاقدية تخول له المطالبة بأر حقوق شخصية قبل الإدارة...»^(٢).

ويترتب على ضرورة التزام المتعاقد شخصياً بالالتزامات التي تترتب على العقد الإداري بيان حكم القانون في بعض المسائل كما يلي:

١- التعاقد من الباطن والنزول عن العقد .

٢- موت المتعاقد .

٣- إفلاس المتعاقد أو إعساره .

أولاً . التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن .

الأصل العام أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد . ولا يجوز له أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها . وهذه القاعدة منصوص عليها تشريعياً في مصر في المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد ، كما

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا - ١٩٦٢/١٢/٢٨ المجموعة ٩ ص ٣٢٤ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٩٤ من ٢٩ ق-ج جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥ .

لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق» .

ومرد ذلك كما سبق أن اختار الإدارة للمتعاقد معها يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى قدرته المالية أو كفاءته الفنية أو حسن سمعته . ولذلك فإن تنازله عن العقد لغيره يخل بهذه الاعتبارات .

ولقد كانت المادة ٨٣ من لائحة الملقصات رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ تجوز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد لشخص آخر بموافقة الإدارة وقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها السابق بالإشارة إليه بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ على أن «... لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره (في تنفيذ التزاماته) أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو إلغائه اعتباراً بأن الخطأ جسيم» .

ولم تتضمن اللائحة التنفيذية للقانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ أو القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هذا الحكم . ومن ثم فإنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتنازل كلياً عن تنفيذ العقد لغيره .

وفى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١١/٢٥ قررت المحكمة الإدارية العليا بأنه «... وأن الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لفترة إذ لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن بحيث إذا حصل التنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلاً بطلانا مطلقاً يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ بم يؤكد ذلك أن اللائحة التنفيذية

للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ على خلاف اللائحة المثغاة لم تمنح الإدارة سلطة تقديرية بالموافقة أو عدم الموافقة على تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها لفترة أو تعاقد مع آخر من الباطن لتنفيذ العقد الإداري^(١) .

واستقر القضاء الإداري في مصر على أن تنازل المتعاقد عن عقده يمثل خطأ جسيماً يبرر للإدارة أن تفسخ العقد ففي حكمها أقرت محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٠ نوفمبر ١٩٥٧ حق الإدارة في فسخ العقد بينها وبين المتعاقد الذي تنازل لغيره عن العقد . وفي حكم لها بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٦٠ قررت أن «إقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الإدارية ثم تخليه فعلاً عن التزامه وحقوق للسيد .. المحروم من دخول منقصات الوزارة يعد من قبيل المش والتلاعب في نطاق العقد الإداري على الإطلاق مما يفسخ العقد تلقائياً بغير إقرار ومما يبرر حرمان المدعى من دخول المناقصات»^(٢).

وذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يعلو فيها المصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وقهواه عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية مجاًلً للوساطات والمضاربات»^(٣) .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق.ع جلسة ١١/٢٥/١٩٩٧.

(٢) محكمة القضاء الإداري : بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٦١ س ١١ ص ٦٩ .

(٣) الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع : فتوى ملف رقم ٣٢٥/١/٥٠ : جلسة

١٩٩٦/١٠/٢٣ ، مشار إليه في محند ماهر أبهر العينين - العقود الإدارية -

المرجع السابق - ص ٨٢ .

أما عن التعاقد من الباطن فيبغى أن المتعاقد مع الإدارة يتفق مع الغير لتنفيذ جزء من التزاماته الناتجة عن العقد الإداري . وعلى خلاف التنازل عن العقد ، فإن التعاقد من الباطن لم ينظم في قانون المناقصات أو لاجتهته التنفيذية ومن ثم فبقه كأصل عام يكون مشروعاً بشرط أن توافق عليه جهة الإدارة .

والتعاقد من الباطن أمر مألوف خاصة إذا كان موضوع العقد يشمل أعمالاً متباعدة كمقود الأشغال التي تتضمن بناء عقارات وتجهيزها .

وموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يتطلب فيها شكل معين فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً على أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يترتب عليه أن يصبح المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة ، وإنما هذه الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعاً . ويبقى المتعاقد الأصلي هو المسئول أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه وما تنص عليه القوانين والنواحي المعمول بها .

على أنه لا يعد من قبيل التعاقد من الباطن ما يبرمه المتعاقد مع الإدارة من اتفاقيات أو صفقات للحصول على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد .

وما هو جدير بالذكر أن الصور الحديثة لبعض العقود الإدارية الكسيرة مثل عقود الإثشاءات بنظام تسليم المفاتيح وعقود اللبوت وغيرها والتي يلتزم فيها المتعاقد مع جهة الإدارة في إطار منظومة عقدية متعددة الجوانب تستلزم منه ضرورة التعاقد من الباطن مع مقاولين وموردين لتنفيذ العقد الإداري في مثل هذه الحالات نرى أنه مما يحقق مصلحة الإدارة بقوى ضمانات تنفيذ العقد أن تعترف وتقر الجهة الإدارية بالمتعاقدين من

الباطن بل ويمكن لها أن تشترط سبق موافقتها عليهم . وهو الأمر يستدعي تغيير مجلس الدولة لاتجاهات المتشددة في هذا النطاق .

ويتربى على مخالفة المتعاقد لأحكام التنازل عن العقد أو تعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة عدة أمور أهمها كما يلي :

١ - أن هذا التنازل أو التعاقد يعتبر خطأ جسيماً يبرر لإدارة فسخ العقد وتوقيع ما تراه من الجزاءات التي تتناسب مع ذلك .

٢ - إن هذا التنازل أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة في الحالة الأخيرة لا يمكن أن يحتج فيه في مواجهة الإدارة فلا المتنازل إليه ولا المتعاقد من الباطن بينه وبين الإدارة أية علاقة يمكن الاحتجاج بها لإثبات حق أو الوفاء بالتزام . وفي هذه الحالة يبقى المتعاقد الأصلي مع الإدارة مسئولاً في مواجهتها كما لو كان هذا التنازل أو التعاقد لم يكن .

على أن هذا لا يمنع المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة بتعويض عما تكبدته في تنفيذ العقد بناء على نظرية الإثراء بلا سبب . على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين الإدارة .

ثانياً - موت المتعاقد مع الإدارة :

إعمالاً للاعتبارات الشخصية التي تحكم اختيار الإدارة للمتعاقد معها . فإن وفاة هذا المتعاقد يؤدي إلى إنهاء العقد . هذه هي القاعدة العامة التي يطبقها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه .

على أنه يجوز أن ينتقل العقد إلى الورثة إذا رأت الإدارة ذلك أو وافقت عليه .

وذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن العقد ينتقل إلى الورثة دون

حاجة لموافقة الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك^(١).

على أن الأمر في مصر مختلف فقد واجه المشرع هذه الحالة بنص المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ « إذا توفى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل للمتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعيينوا عنهم وكيلًا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة .

وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفى أحدهم فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه . ويحصل إنهاء في جميع الحالات بموجب كتب موسى عليه يعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء .

وعلى ذلك فإنه وفق لأحكام هذه المادة فإن الإدارة هي التي تقرر إما فسخ العقد أو استمرار الورثة في تنفيذه . وفقاً لما تستلزمه هذه المادة من إجراءات .

ثالثاً : إفلاس المتعاقد أو إعساره .

إذا أقبل المتعاقد أو أعسر ، فإن ذلك لم يكن يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون في فرنسا وإنما كانت الإدارة بالخيار بين أن يستمر المتعاقد معها في تنفيذ العقد على الرغم من إفلاسه أو إعساره وبين أن تفسخ العقد - على أنه يصدر قانون ١٢ يوليو ١٩٦٧ يجوز لوكيل الدائنين أن يطلب

الاستمرار في تنفيذ العقد وللإدارة أن تقدر إما الاستجابة لهذا الطلب أو فسخ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة .

والأمر أيضاً مختلف في القانون المصري إذ نصت المادة ٢٤ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن إللاس المتعاقد مع الإدارة أو إعساره يعد سبباً موجباً لفسخ العقد تلقائياً . فقد نصت على أن يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين :

ب- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر...»^(١).

المبحث الثاني

سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد

لعل من أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو مركز الإدارة فيه . فهي في العقد الإداري تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلاً في عقود القانون الخاص . ويبرر ذلك دائماً بمقتضيات الصالح العام وضرورة سير المرفق العام بانتظام وإطراد .

وتتمثل هذه السلطات فيما يلي :

أولاً : حق الإدارة في الرقابة .

ثانياً : حق الإدارة في تعديل العقد .

ثالثاً : حق الإدارة في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد .

هذه السلطات معلّم بها في القضاء الإداري فهي هي محكمة القضاء

الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧ تكرر أن « القانون الإدارى .. يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد . وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها إذا أخل بالتزاماته ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت - حسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى وهى تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد لأنها تتعلق بالنظام العام»^(١).

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها . ومن ذلك حكمها بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨ إذ قضت أن « .. للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة به قد ينزاعى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة من العقد شريعة المتعاقدين ، كما يثرب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام»^(٢).

وعلى ذلك فإن سلطات الإدارة تتميز بما يلى :

١- إتاحة من النظام العام فلا يجوز للإدارة أن تنزل عنها أو تحجم عن استخدامها إن توافرت مبرراتها . وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها أو يحجم هذا الاستخدام يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً .

٢- إن استخدام الإدارة لهذه السلطات إنما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة التى تتمثل فى ضمان استمرار المرفق فى أداء وظائفه بانتظام وإطراد .

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ سابق الإشارة إليه .

(٢) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس ١٩٦٨ من ١٣ ص ٢٥٠ .

٢- إن الإدارة تستطيع اللجوء إلى هذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد . وفي جميع الأحوال لا يستطيع المتعاقد معها أن يرفع هذه السلطات بمساعدة القوة الملزمة للعقد أو أن العقد شريعة المتعاقدين لذلك غير صحيح بالمرّة إذ أن الأمر يتعلق بعقد إداري .
وسوف نتناول كل هذه السلطات بمزيد من التفصيل :

الطلب الأول

حق الرقابة

فالإدارة لها حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معها في تنفيذ العقد .

وحق الرقابة على المتعاقد قد يؤخذ بمعنى ضيق وهو يعنى مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً متفقاً مع شروط العقد . وهي قد تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة .

على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج على القواعد العامة في تنفيذ العقود عموماً . ومن ثم فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها حين تنفيذ العقد يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشمل . لمقتضاه تدخل الإدارة في التنفيذ ولها أن توجهه كما تشاء وفق المصلحة العامة . فلها أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ أو الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين .

وحق الإدارة في الرقابة وإن كان ثابتاً لها في كل العقود الإدارية إلا أن مدى استعماله قد يختلف من عقد إلى آخر . فهو في عقد الالتزام أوسع مجالاً وأرحب نطاقاً ، ومرد ذلك أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق ومن ثم يحق للإدارة أن تتدخل في كل وقت لتغيير أسلوب الملتزم في الإدارة وطريقة تعامله مع المنفعين بخدمات المرفق .

وتنظراً لأهمية هذا الحق في عقد الالتزام فقد نصت عليه المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ على أنه «لمناج الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشأها الملتزم لاستغلال المرفق ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمناج الالتزام . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية - بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة . كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل

ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت .

أما في عقود الاشتغال العامة فإن هذا الحق لا يكون بهذه الصرامة كما هو الحال في عقود الالتزام ولكله أيضا مسلم وتنص عليه المادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات بقولها « يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحنية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

لما في عقود التوريد فإن حق الرقابة للإدارة يكون أضعف ، إذ من المسلم أن الأصل هو حرية المتعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ في هذه العقود على أن هذا لا يتنافى إكراهية استخدام الإدارة لهذا الحق إن كان له مقتضى . فهو حق يشمل العقود الإدارية ولكن تطبيقه يختلف مداه حسب طبيعة كل عقد .

وهو الأمر الذي قرره المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠ « العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع شخصي خارجي مناطه احتياجات المرفق الذي تستهدف العقود تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذا يجب أن يعطى المصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك

أن لإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود»^(١) .

وحق الإدارة في الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد وبنوده فهو غير حقها في تعديل العقد . وعلى ذلك فهي تستخدم هذا الحق في إطار نصوص العقد وشروطه ولا يتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة .

المطلب الثاني

حق التعديل

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص . والذي يحكمها قاعدة قانونية عديدة تفضي بان العقد شريعة المتعاقدين .

وسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ينص عليها في العقد دائما باعتبارها من الشروط غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية .

ولكن التسؤل يثور حول حق الإدارة في أن تستخدم سلطاتها في التعديل إذا لم ينص عليها في العقد ؟ . يذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري حق ثابت لها سواء نصت عليه في العقد أو لم تنص عليه . ذلك أن النص على سلطة الإدارة في التعديل يعتبر كإحدى حقوقها في ذلك لا منوطا له .

وذهب آخرون إلى إنكار ذلك على الإدارة فالقاعدة أن الإدارة لا

(١) المحكمة الإدارية العليا: ٢٠ / ٤ / ١٩٥٧ الموسوعة الإدارية - ج ١٨ - ص ٨٢٢ .

تستقل بتعديل شروط العقد إلا إذا وجد النص على ذلك صراحة .

وفي الحقيقة نظراً لأهمية هذا الحق وضرورته لانتظام سير المرفق
شعام بانتظام والطرفين الإدارة دائماً ما تحرص على أن تضمنه عقودها .

أما في مصر فإن المشرع حرص في القوانين التي نظمت
الملاقصات في مصر على النص عليه صراحة ، وهو الأمر المستقر عليه
في نص المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون المتلصقات رقم ٨٩ لسنة
١٩٩٨ والتي تنص على « يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم
عقودها بالزيادة أو النقص في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط
والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي
تعويض عن ذلك .

ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز
النسبة الواردة بالفقرة السابقة» .

ونصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن
«لمائح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تنفاء
نفسه أركان تنظيم المرفق العم موضوع الالتزام أو قواعد استقلاله ،
وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به» .

ولأهمية حق الإدارة في تعديل عقودها جاءت أحكام القضاء الإداري
مفصلة لأحكامه ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ١٦ ديسمبر
١٩٥٦ إذ نص على «أن تملك الإدارة من جانبها وحدها وبتأثيرها المنفردة
على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء
تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن
معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء المتلقاة على عاتق الطرف

الآخر أو تنقصها وتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد . وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ، ومن خير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة . فتمترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق . وأن التعاقد معها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به وضرورة الحرص على انتظام سيره»^(١) .

ومن ذلك أيضاً - حكمها بتاريخ ٣ يونيو ١٩٥٧ إذ قررت أن «سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية : بل هي أبرز الخصائص التي تتميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ، مقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبارابنتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها كلما اقتضت حاجة المرفق أو

(١) محكمة القضاء الإدارية ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ - سابق الإشارة إليه .

المصلحة العامة هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين وهي من القواعد المقررة في مجال القانون الخاص ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تقتضى مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملازماته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وإن للعقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره - تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة . وهي في ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة .. فإذا ما أثارنا نصوص العقد إلى هذا التعديل قبل ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون في ذلك معاس بالحق الأصول المقرر لجهة الإدارة في تعديل .. لذلك فإنه من المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز أن تتدخل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تنطق بالنظام العام»^(١) .

وتنظم المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة

(١) حكمة القضاء الإداري : ٣٠ يونيو لسنة ١٩٥٧ قضية رقم ١٩٨٢ لسنة ١٩٧٧ -
سابق الإشارة إليه .

١٩٩٨ صورة من صور تعديل العقد الإدارى وذلك بنصها على أن «يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك .

ويجوز فى حالات الضرورة للطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة .

ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وأن يصدر للتعديل خلال فترة سريان العقد وآلا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه ...» .

وتنظم هذه المادة تعديل فى العقد لا تجاوز نسبته ٢٥% إلا بموافقة المتعاقد . وأن يكون هذا التعديل بذات الأثمان وموافقة المتعاقد هنا ليست شرطاً لإجراء التعديل فى ذاته ولكن لسريان هذا التعديل بأكثر من ٢٥% بذات لأسعار ودون أن يكون للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق فى طلب التعويض عن ذلك .

وفى الحقيقة أن هذه الصورة من صور التعديل الذى تملكه الإدارة بنص القانون يمثل اختلالاً واضحاً وغيباً أكيداً لحقوق المتعاقد خاصة عند تغير الأسعار وارتفاعها وعدم ثباتها .

وكان يجب تقرير أن تكون هذه الزيادة بموافقة المتعاقد أو مقابل تعويض عادل يجرى زيادة الأسعار .

أساس حق التعديل :

يتأسس حق التعديل على مقتضيات سير المرافق العامة بتنظيم

واطراد والتي تتطلب دوماً أن يكون المرفق قنبلاً للتطور والتغيير . ولذلك
كسان من المحتم أن تأتي العقود الإدارية التي تتصل بنشاط المرافق العامة
خاضعة لسلطة الإدارة في التعديل والتغيير إصلاً لهذه المبادئ التي تحكم
المرافق العامة .

وهو الأمر الثابت في الفقه والقضاء الإداري ولا يمارى فيه أحد .
وارتباط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بفكرة المرفق
العام يترتب عليه عدة نتائج أهمها :

١- أن حق الإدارة في تعديل عقودها ثابت لها حتى ولو لم ينص
عليه في العقد . فائنص عليها بين شروط العقد لا يعدو أن يكون تنظيمياً لها
وبيان أوضاع ممارستها وحدوده .

٢- أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها لا يمثل امتيازاً للإدارة في
مواجهة المتعقد معها وإنما هو ترجمة لمسؤوليتها عن تنظيم وتسيير
المرافق العامة^(١) . ويترتب على ذلك بطبيعة الحال اتصال هذه السلطة
بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تتناول عنها أو تنفق على عدم
ممارستها في عقودها الإدارية .

وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٢٠
يونية ١٩٥٧ (سابق الإشارة إليه) حيث ذهبت إلى أن «فيذا أشارت
نصوص العقد إلى هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة
التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون
في ذلك مساس بالحق الأصول للمقرر لجهة الإدارة في التعديل . لذلك فإنه

(١) فتحى فكرى : محاضرات في العقود الإدارية - المرجع السابق ص ٧١ .

من المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام» .

٢- ارتباط هذه السلطة بتسيير المرفق العام تؤدي بالتبعية أن يقتصر حق الإدارة في مجال أعمالها على الشروط التي تتعلق بتسيير المرفق العام . فالشروط الأخرى التي لا تتصل بتسيير المرفق العام لا تكون محلًا للتعديل من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة وهو ما أستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي وذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها في ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ (والسابق الإشارة إليه) حيث تقول «هذه السلطة ليست مطلقة بل يرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المنصلة بتسيير المرفق ومقتضياته» .

٤- أن سلطة الإدارة في التعديل ليست سواء في جميع العقود الإدارية ، وإنما ترتبط بمدى مساهمة المتعاقد في إطار العقد في تسيير المرفق العام . فهذه السلطة تكون بالغة الاتساع في عقود الالتزام باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتسيير وإدارة المرفق نيابة عن الإدارة .

وكذلك في عقود الأشغال باعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد . وفي المقابل فإن هذه السلطة تضيق وتنضawl في عقود أخرى مثل عقد التوريد ، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها سالف الذكر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ حيث تقول «أن سلطة التعديل لا تطبق بقرار واحد في جميع العقود بل تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق . بمعنى أنه إذا كانت هذه السلطة تبرز في عقود الالتزام اعتباراً بأن للإدارة الاختصاص الأول والأصيل في تسييرها فإنها تكون في أضيق الحدود حيث يكون موضوع

العقد مساهمة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق للعام بطريق غير مباشر كما هو الشأن في عقود التوريد .

٥- أن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة وإنما يجب أن تمارسها الإدارة كضرورة تلجأ إليها حين يتعذر انتظام سير المرفق العام .

وهي كونها ضرورة فإنها استثناء من الأصل العام الذي يقضى بضرورة احترام القوة الملزمة للعقد . ولا يكون الخروج على ذلك إلا لضرورة والضرورة في كل الأحوال تقدر بقدرها .

وعلى ذلك لا يجوز لجهة الإدارة أن تستخدم سلطتها في التعديل لتغيير معالم العقد أو تغيير أسمه التي يتهض عليها وتطبقا لذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن « موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً في نطاق الخدمة أو العمل كما أنه لا يعد من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن نطاق الجائز لها قانوناً وبهذه المثابة فإنه لا يحوز تسوله بالتعديل بعد تمام التعاقد . وترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مدينة بنها إلى بلدة أبو النجا وهما يبعدان عن بعضهما مسافة ٤٠ كيلو متر تقريباً هذا النقل يجعل المتعاقد إمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة»^(١) .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا^(٢) إلى أن الأعمال الإضافية في عقود الأعمال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث

(١) سبق الإشارة إليها .

(٢) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٩ - ص ١٢٧ .

تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحااسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية» .

٦- أن استخدام الإدارة لسلطتها في التعديل إنما يقابله حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض المناسب . وهو ما سوف نتناوله حين بحث حقوق المتعاقدين مع الإدارة .

المطلب الثالث

حق الإنارة في توقيع جزاءات على المتعاقد

تهدف نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته بصورة سليمة تضمن انتظام سير المرافق العامة ، فإخلال المتعاقد بالتزاماته يؤثر على سير المرافق العام بانتظام وأطره .

وهو ما قرره محكمة القضاء الإداري بحكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٥٧ « .. أن توقيع عليه جزاءات تخضع لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص فالجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في الواقع من الأمر تقويم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة . والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك» (١) .

(١) محكمة القضاء الإداري : ١٩٥٧/٣/١٧ المجموعة - س ١١ ص ٢٧٢ .

والجزاء العقابية التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها تخضع
لنظام قانوني مختلف عن تلك لجزاءات التي يعرفها العقد المدني وسوف نبحث :
أولاً : النظام القانوني للجزاءات الإدارية
ثانياً : صور الجزاءات الإدارية

الفرع الأول

النظام القانوني للجزاءات الإدارية

تخضع الجزاءات الإدارية العقابية لنظام قانوني يختلف عن نظام
الجزاءات في العقود المدنية . وذلك كما يلي :
أولاً : جزاءات توقعها الإدارة بنفسها دون اللجوء إلى القضاء .
ثانياً : جزاءات تلجأ إليها الإدارة حتى لو لم ينص عليها صراحة في العقد .
ثالثاً : ضرورة أذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه .
رابعاً : الرقابة القضائية على توقيع الإدارة للجزاءات .
وتفصيل هذه العناصر يجرى كما يلي :
أولاً : حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها :

فالإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته
العقدية بنفسها وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً وعلّة ذلك
ظاهرة أن تراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو امتناعه عن ذلك قد يضر
بالمرفق اضراراً كبيراً وتقليدياً لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد
معها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء .

والأصل أن هذه القاعدة تشتمل جميع الجزاءات الإدارية على أن
مجلس الدولة الفرنسي استثنى من ذلك جزاء سحب الالتزام نظراً لخطورته

فجعل توقيعهم للقضاء .

على أن القضاء الإداري في مصر على خلاف مجلس الدولة الفرنسي جعل للإدارة سلطة توقيع كافة الجزاءات بنفسها بما في ذلك سحب الالتزام .

ففي حكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٥٧ قررت محكمة القضاء الإداري .. وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقدين إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ولابد من صدور قرار إداري بذلك^(١).

وفي حكمها بتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧ قررت « وإذا كان سحب الالتزام - بعد رأي مجلس النقل الاستشاري وموافقة مجلس الوزراء طبقاً لما تقتضيه المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ في شأن النقل العام تتركب يعتبر جزاء شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن السجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة »^(٢).

وأقرت المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكمها بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٧٢ « أن الإدارة عندما قامت بسحب الالتزام من المدعى ومصادرة التأمين النهائي إنما كان ذلك بسبب إخلال المدعى بشروط العقد وهو جزاء من قبيل الجزاءات التي تمكن الإدارة توقيعها على المتعاقدين عند إخلاله

(١) محكمة القضاء الإداري : ١٧ مارس ١٩٥٧ للمجموعة س ١١ ص ٢٧١ .

(٢) محكمة القضاء الإداري : ٢ مارس ١٩٥٧ للمجموعة س ١١ ص ٢٣٩ .

بالتزاماته»^(١).

والإدارة هي التي تقدر ملائمة الجزاء لما لفترفته المتعاقد معها من لخطاء في التنفيذ فضلاً عن كونها هي التي تعدد ميعاده . على أن يظل تقديرها في هذا الأمر وذلك خاضعاً لرقابة القضاء الإداري . كما سنرى فيما بعد .

ثانياً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية لا تحتاج إلى نص في العقد :

فسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها لا يشترط أن ينص عليها في العقد حتى يمكن لها أن تمارسها .

فهى سلطة مستقلة عنصوص العقد ناتجة عن الصالته بنشاط مرافق عام في تسييره أو تنظيمه ومن ثم فإنه إذا نص العقد على بعض هذه الجزاءات فإن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى تطبيق البعض الآخر دون أن يحتاجها المتعاقد معها بعدم وجود النص عليها في العقد .

ولذلك قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٥٧ «فليس بالذئ يعتد به ما يقول به المدعى في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ .. فلا يمكن تصور قيام هذا للضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا للتأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراك دفع تأمين مع العطاء»^(٢).

على أنه يخالف هذه القاعدة ضرورة التزام الإدارة بجزاء محدد إذا

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٧/٦/١٩٧٢ . سابق الإشارة إليه .

(٢) محكمة القضاء الإداري : ١٧/١١/١٩٥٧ المجموعة ص ٥١٤ .

ما اتفق عليه في العقد كجزاء محدد لمخالفة معينة . وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا «إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معينا ووضعاً له جزاء فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات»^(١).

ثالثاً : إخطار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه :

إخطار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة . فذلك يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته أو تقصيره التي قد تضر بالمرفق ، ومن ثم يمكن له بعد إخطاره أن يصحح من هذه المخالفة وتنتهي المشكلة عند هذا الحد . كما أنه يعني أيضاً إخطاراً له بتوقيع الجزاء الذي تراه الإدارة إذا استمر في هذه المخالفة .

ومن مقتضى ذلك أن تترك الإدارة له فرصة مناسبة بعد الإخطار حتى يتدارك الأمر ويصحح الخطأ .

والإخطار ضرورة تفرضه القواعد العامة في تنفيذ الالتزام ولا يصح الاعفاء منه إلا في إطار الاستثناء بنص تشريعي .

ويجب أن يتضمن الإخطار بيان المخالفات التي ارتكبتها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها .

نصت المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن «إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أخلف القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر

(١) المحكمة الإدارية العليا : ١٩٦٧/٥/٨ المجموعة س ١٢ ص ٨٨٢ .

يوماً من تاريخ إنذاره بكتاب موسى عليه بنعم الوصول على عنوانه المبين
بالمقد بالتقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ
أحد الإجراءات التالية وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة .

أ - فسخ العقد .

ب - سحب العمل من المقاول وتعليقه على حسابه بذات الشروط
والمواصفات المعطى عنها .

والتزام الإدارة بأعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه يمثل
أصلاً عاماً على أن مجال إعماله يكون إذا كان للعقد ينفذ في ظروف
العادية أما إذا كان تنفيذه العقد يواجه حالات الضرورة كتوريد أغذية أو
أسلحة للجيش وقت الحرب أو مواجهة كوارث طبيعية كزلازل وفيضانات
وغير ذلك فلا محل لإلزام الإدارة بضرورة أعذار المتعاقد معها .

ولا يتطلب أن يتخذ الأعذار شكلاً محدداً ، وإنما يجوز للإدارة أن
تبلفه المتعاقد بأي طريقة على أن تبين فيه وجه المخالفة والمهلة التي
يمكن أن تعمله إياه حتى يصحح هذه المخالفة .

وأبداً : رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء

لا يستقيم القول إذا كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاء سلطة
نهائية لا معقب عليها فذاك مما يتنافى مع المنطق والعدل . فإذا كان ارتباط
العقد بنشاط مرفق عام قد أوجب أن تتميز الإدارة بسلطات واسعة وخطيرة
فإن ممارستها لهذه السلطات يجب أن تكون تحت الرقابة القضائية . فهذه
وحدها هي التي توازن سلطات الإدارة وتمثل ضماناً للمتعاقدين . وتمنع
الإدارة من أن تنحرف في ممارستها بغياً أو كيداً .

ونظرا لاتساع سلطات الإدارة وتنوعها فإن رقابة القضاء عليها حين ممارستها هي أيضا واسعة تشمل مشروعية هذه القرارات وملاءمتها في أن واحد .

الفرع الثاني

صور الجزاءات الإدارية

تنقسم الجزاءات الإدارية إلى صور عديدة كما يلي :

أولاً : الجزاءات المالية .

ثانياً : وسائل الضغط والإكراه .

ثالثاً : الفسخ .

رابعاً : الجزاءات الجنائية .

وسوف نتناول كل منهما كما يلي :

أولاً - الجزاءات المالية .

وهي مبالغ مالية يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل

بالتزاماته . وهي إما تعويضات أو غرامات . وذلك على التفصيل التالي :

١ - التعويضات :

التعويض يكون جبراً لأضرار أصابت الإدارة من جراء مخالفة

المتعاقد معها بالتزاماته العقدية . وعلى ذلك فإن التعويض يكون لمواجهة

أضرار لحقت بالإدارة ويقدر بقدر هذه الأضرار والنتيجة بطبيعة الحال عن

خطأ المتعاقد مع الإدارة .

وفي فرنسا فإن أحكام مجلس الدولة تعطى للإدارة الحق في أن

تقدر قيمة التعويض بنفسها ، وإذا لم يقبل المتعاقد معها هذا التقدير فله أن يلجأ إلى القضاء ويجوز لها أيضاً أن تحصله بناء على أوامر دفع تصدرها بإرادتها المنفردة .

أما في مصر فإن هذا الحق لم يثبت للإدارة لا بنص تشريعي ولا بحكم قضائي ، ومن ثم فلا مفر من أن تلجأ الإدارة إلى القاضي المختص لتقدير التعويض .

٢- الغرامة :

مبلغ مالي تقدره الإدارة وتنص عليه في العقد تستحقه عند إخلال المتعاقد باتفاقه وتختلف الغرامة عن التعويض في أمرين فمن ناحية أولى : فإن الغرامة يجب النص عليها في العقد حتى تستطيع الإدارة اللجوء إليها .

بل إن حق الإدارة في اقتضاء الغرامة يثبت حتى ولو لم يصحبها ضرر أو ترتب على هذا التأخير مصلحة لجهة الإدارة . وإن جاز للإدارة في هذه الأحوال إعفاء المتعاقد من هذه الغرامة وفقاً للإجراءات التي حددها القانون .

ومن ناحية ثانية : لا تلتزم الإدارة بإثبات ما لحقها من أضرار من جراء إخلال المتعاقد معها بتنفيذ التزامه . فهي بحق لها أن تلجأ إلى إيقاع الغرامة عليه بصرف النظر عن أن هذا الأخير سبب للإدارة ضرراً أم لا .

ومن ناحية ثالثة : فإن اقتضاء الإدارة للغرامة المنصوص عليها في العقد لا يمنع من حصولها على التعويض المناسب جبراً للأضرار التي قد تصيبها .

وغرامة التأخير مقرره أصلاً لضمان تنفيذ العقود الإدارية في

المواعيد المحددة حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

وتنص المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على أن «يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ . على أن يوقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي وذلك بواقع ١% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% من قيمة العقد .

ثم تنص المادة ٨٣ في فقرتها الأخيرة على أن «ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير» .

وتطبق لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «من حيث مفاد الإدارة وإلزامه بالتعويض بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فصب سواء ترتب هذا التأخير أضراراً أصابت جهة الإدارة أو لم يترتب على ذلك أضرار بينما يستلزم تحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض أن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الموعد المتفق عليه»^(١).

كيفية حساب الغرامة :

هددت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات في المادة ٨٣ كيفية

(١) محكمة القضاء الإداري : الطعن رقم ٣٧٦١ لسنة ٤١ في جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٧
الموسوعة الإدارية - ج ٤٩ ص ٢٢٥ .

حساب الغرامة في عقود المقاولات كما يلي :

«توقع عليه غرامة تأخير اعتباراً من بداية هذه المهلة وإلى أن يتم التسليم الابتدائي وذلك ١% عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% عن قيمة العقد وتخصب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا بسبب شيئا من ذلك فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

أما في عقود التوريد فإن المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية تنص على مايلي «إذا تأخر المورد في توريد كل للكميات المطلوبة أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد .. فيجوز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطائه مهلة إضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة تأخير عن هذه المهلة بواقع ١% عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التي يكون قد تأخر في توريده وبعد أقصى ٣% من قيمة الأصناف المذكورة» .

الإعفاء من الغرامة

تنص المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على ما يلي «ويعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته ، والسلطة المختصة في غير هذه الحالة بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر» .

في عقود المقاولات يكون الإعفاء من الغرامة بشرطين الأول : أن

يكون التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد ، كأن يكون بسبب خارج عن إرادة المتعاقد ، كأن يكون بسبب القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أو حتى فعل الإدارة .

أما الشرط الثاني فهو أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة .

وفي غير ذلك من العقود يجوز للإدارة الإعفاء من الغرامة على ألا يتسبب التأخير في ضرر للإدارة فإن حدث هذا الضرر فلا يجوز الإعفاء من الغرامة .

ثانياً : وسائل الضغط والإكراه :

تهدف هذه الوسائل إلى إرشاد المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته العقدية . وتقوم هذه الوسائل على حلول الإدارة أو من تراه محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام الذي لم يتم تنفيذه . وتتخذ هذه الوسائل في عقد الالتزام وضع المشروع تحت الحراسة ، وفي عقد الأشغال حلول الإدارة محل المتعاقد في تنفيذ العقد ، وأخيراً في عقد التوريد الطراء على حساب المتعاقد .

وعلى ذلك نصت المادة ٢٥ من قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بقولها «يجوز للجهة الإدارية لفسخ العقد وتنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأى شرط من شروطه ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة» .

ووسائل الضغط تعتبر جزاءات مؤقتة لا تنهى العقد وإنما تكل تنفيذها إلى غير المتعاقد الأصلي وعلى مسئولية هذا المتعاقد^(١) . وهو ما

(١) سليمان الطماوي : الأسس العامة - المرجع السابق - ص ٥٢٥ .

قضت به محكمة القضاء الإداري حيث تقول « العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هي بنفسها محله أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هذا الإجراء لا تضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة وبما تتم فعليه لحسابه وعلى مسؤوليته»^(١).

وما من شك في أن الإدارة تلجأ إلى هذه الوسائل التي تحل بها محل المتعاقد معها في تنفيذ العقد أو تسند ذلك إلى آخرين في حالة الإخلال الجسيم من قبل المتعاقد معه بالترهات الناتجة عن العقد .

وتمارس الإدارة سلطتها في هذا النطاق وهي تخضع لرقابة القضاء، فهو يراقب مشروعية اللجوء إلى هذا الجزاء ومدى تناسبه مع الخطأ الذي وقع من المتعاقد .

ولقد حدث أن تعلقت وزارة الثنونات البلدية مع أحد المقاولين بقصد حفر بئر ارتوازي لمد أهالي بعض المناطق بالمياه العذبة . ولما بدأ المتعاقد في تنفيذ العمل فوجئ بطريقة صخرية فلما نظمت للإدارة عرضته عن سابق حفره وسمحت له بالحفر في مكان آخر . على أن الموقع الجديد كان كسابقه تعترض الحفر فيه الصخور فتظلم مرة ثانية فصالت الإدارة التأمين وحجزت آلات ومعدات المقاول وأسندت العملية لمقاول غيره لينفذها على حساب المقاول الأول .

فلجأ إلى القضاء فقررت المحكمة أن «قد ظهرت إرادة المصلحة

(١) محكمة القضاء الإداري . ١٧ مارس - ١٩٥٧ س ١١ - ص ٢٧٢ .

ونيتها بصورة واضحة أن موضوع العقد لم يكن ينصرف إلى الحفر في
المسخر. ترتبها على ما تقدم لم يكن يجوز للحكومة ما دام لتوقف المدعى
عن العمل بما يبره قانونا طبقا لما اشتمل عليه العقد من نصوص وما
انصرفت إليه نية الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد مما يعتبر داخلا في
نطاقه . ما كان يجوز للحكومة أن تقوم بمصادرة التأمين . ومن ثم فما
دام المدعى لم يخلف عن تنفيذ العقد حسبما سبق ليضاحه فلا سند إذا
للحكومة في الاستيلاء على هذا التأمين ومصادرته بدعوى توقيع غرامة أو
استحقاقا لتعويض مما يتعين معه الحكم برد التعويض المذكور»^(١).

ثالثاً : الفسخ :

الفسخ هو جزاء بمقتضاه تنهى الإدارة الرابطة العقدية بينهما وبين
المتعاقدين معها .

والفسخ آخر الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها بعد أن يفيض بها
الكل . فالأصل أنها لا تلجأ إليه إلا إذا أعيثها الحيل في ضبط المتعاقد معها
في تنفيذ التزاماته ولم تجد الجزاءات الأخرى في ذلك .

والفسخ إما أن يكون وجوبيا إذا ما تحققت المخالفة التي نص
عليها القانون ، وإما أن يكون جوازياً تقدر الإدارة للجوء إليه من عدمه .

وذلك كما يلي :

١- الفسخ الوجوبي .

وهو ما نصت عليه المادة ٢٤ من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة

(١) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ مشار إليه في سليمان الطماوي

١٩٩٨ « يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين :

أ - إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو حصوله على العقد .

ب - إذا أفلس أو أعسر .

ولاشك أن الحالة الأولى تنبأ بأن المتعاقد مع الإدارة قد استخدم غشاً وتلاعباً مما يعد معه جرماً يستوجب العقاب وضرورة قسح العقد وجوباً حتى لا يستفيد من خطأه .

أما الحالة الثانية فلئن المتعاقد لم يعد قادراً على تحمل لبعات العقد ولم يعد قادراً الاستمرار فيه .

٢- الفسخ للجوازي :

الفسخ للجوازي يعلى أن الإدارة تلجأ إليه حينما تقدر لزوميته وأنه لا مفر من استخدامه وذلك لأن استمرار العقد قد يضر بالرفق العام .

ولقد ضرب قانون المناقصات ، ولائحته التنفيذية أمثلة للفسخ الجوازي ولكن من الثابت فقهاً وقضاءً أنها لا تعدو أن تكون مجرد أمثلة وأية ذلك أن المادة ٢٥ من قانون المناقصات نصت على أنه « يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد .. إذا أخل بأى شرط من شروطه » .

ومن الأمثلة في قانون المناقصات ولائحة التنفيذية ما نصت عليه المادة ٨٤ من هذه اللائحة على أنه إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصحح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إذاره بكتاب موسى عليه يعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة

المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة أ : فسخ العقد .

وتخضع الإدارة حين تلجأ إلى فسخ العقد لرقابة القضاء وذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه « ومن حيث أنه وأن كان لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد الإداري ومصادرة التأمين بإرادتها المنفردة ودون الاستجاء إلى للقضاء باعتباره أن تلك امتياز لجهة الإدارة للعقد الإداري بالمعنى العام الذي يستهدف تسييره ، إلا أن ذلك يجب أن يكون لأسباب تبررها المصلحة العامة وإلا كان للمتعاقد معها أن يطلب الحكم له بالتعويض عما قد ينحق به من أضرار نتيجة لهذا الإجراء غير المشروع والذي يمثل خطأ عقدياً وسواء أكانت هذه الأضرار مادية أو أدبية بشرط أن تكون هذه الأضرار ثابتة ثبوتاً يقينياً ويقيم المدعى الدليل على وقوعها حتى يمكن أن يقضى له بالتعويض عن هذه الأضرار منعاً لإثرائه بلا سبب على حساب الإدارة ومع مراعاة أن التعويض عن الأضرار المادية يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب^(١) .

وبناءً على الجزاءات الجنائية :

من المسلم أن القاعدة العامة تقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . فإذا كانت الإدارة عامة لا تستطيع أن توقع على المتعاقد معها جزاء جنائياً ، فإذا كانت الإدارة تستطيع أن تضع عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص فإن ذلك لا يصل إلى حد تضمين هذه العقود جزاءات جنائية .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : تاريخ ١٩٩٤/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٦٨٢ لسنة ٣٥ ق

- الموسوعة - ٤٩ ص ٢٧٠ .

وعلى الرغم من ذلك فإن الإدارة قد توقع على المتعاقد معها بعض الجزاءات الجنائية بوصفها سلطة عامة وليس بوصفها طرفا فى العقد . وذلك مرده أن الإدارة عامة تستطيع أن توقع عليه لوائح الضبط ، بما تحويه من بوصفها سلطة عامة منوط بها حماية النظام العام .

والإدارة تمارس هذه السلطة تجاه المتعاقد وغيره من المواطنين فى الحدود التى رسمها القانون . وواجب عليها أن تترفع عن الانحراف عند ممارسة هذه السلطة . ومن ثم ليس لها أن تستعمل هذه السلطات من أجل إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته .

وتنص المادة ٧٩ من قانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على ما يلى : « يلتزم المفاوض بالتباعد جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط . ويلتزم المفاوض أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الإضرار بملتمكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل الجهة الإدارية وفى حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق فى تنفيذها على نفقته » .

ومن ناحية أخرى ينص قانون العقوبات على تجريم بعض الأخطاء التى تتصل بتنفيذ العقود الإدارية واعتبارها جرائم جنائية ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٦ مكرر جـ من قانون العقوبات . « كل من أجل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد مقاوله أو نقل أو توريد أو التزام أو اشتغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات لمبينة فى

المادة ١١٩ أو مع إحدى شركات المساهمة ويترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أى عثى فى تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة فى زمن الحرب ، وترتب عليها أضرار بمركز البلاد الاقتصادى أو بمصلحة قومية لها .

وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأى عقد من العقود سالفه الذكر ، ولم يثبت عثى لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التى تجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن فى مقدوره العلم بالغش أو الفساد ويحكم على الجانى بغرامة تسلوى قيمة الضرر المترتب على الجريمة ، ويعاقب بالعقوبات سالفه الذكر على حسب الأحوال ، للمتعاقدون من الباطن والوكلاء والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا إلى فعلهم .

وعسى حسن البيان أن العقوبات الواردة فى هذه المادة لا تطبقها الإدارة من تلقاء نفسها وإنما تخضع للنظام العام فى تحريك الدعاوى الجنائية كما تقضى بذلك قواعد وإجراءات قانون الإجراءات الجنائية .

الفصل الثانى

حقوق التعاقد مع الإدارة

«الحصول على المقابل النقدي»

كان لاتصال العقد الإدارى بالرفق العلم أثر بارز فى أن تتميز الإدارة كطرف فى العقد بسلطات كثيرة فى مواجهة التعاقد معها ، على أنه إذا اقتصر العقد الإدارى على ذلك لم يكن ليستقيم الأمر ، ففى مواجهة سلطات الإدارة يوجد حقوق للتعاقد معها ففضلاً عن استحقاق الثمن والذي يعنى المقابل المالى المتفق عليه فى العقد ، فإنه يحق له أن يطالب بالتعويضات إن كان لها محل وحق التعاقد مع الإدارة فى هذه التعويضات قد يرتبط بضرورة المحافظة على التوازن المالى فى العقد الإدارى وقد يترتب على ارتكاب الإدارة لأخطاء معينة أضرار بضرر وهو ما سوف ندرسه فيما بعد .

المبحث الأول

الحصول على المقابل المالى للعقد

يهدف التعاقد مع الإدارة فى جل العقود الإدارية على الحصول المقابل المالى أى (الثمن) للأعمال التى قدمها للإدارة . وغالباً ما يكون هذا المقابل نقدياً .

يتخذ المقابل المالى شكل الثمن فى أغلب العقود الإدارية بما فى ذلك عقدي الأتصال العامة والتوريد أما فى عقد الالتزام فيكون فى صورة الرسم الذى يفرضه الملتزم على جمهور المنتفعين وفقاً للحدود المتفق عليها مع جهة الإدارة فى العقد .

والأصل أن الشروط التى تتعلق بتحديد المقابل النقدي فى العقود

الإدارية تعتبر شروطاً تعاقدية لا يجوز للإدارة إيرادتها المنفردة أن تعدلها أو تغيرها . ولكن يلزم أن يتفق الطرفان على ذلك .

على أنه يرد على هذه القاعدة استثناءان يتعلق الأول بالرسم الذي يقتضيه المتعاقد مع الإدارة في عقود الالتزام حيث يعد شرطاً من الشروط الملحقة التي يمكن للإدارة أن تعدلها أو تغيرها دون حاجة لموافقة المنتزم .

أما الاستثناء الثاني فيتعلق بالعقود التي تؤدي وظائف الأعمال الشرطية فهذه العقود تعهد إلى المتعاقد معها مراكز نظامية . كم عقد التوظيف . فالمرتب الذي هو المقابل المالي لعقد التوظيف يصبح تابعاً للمركز النظامي ومن ثم تستطيع الإدارة أن تعدله بالنقص أو بالزيادة كلما أرادت^(١) .

وعلى ذلك فإن العقيل المالي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة قد يكون ثمناً وهو الغالب وقد يكون رسماً كما في عقد الالتزام . على أن أمر تحديد واستحقاق كل منهما يتطلب مزيداً من إلقاء الضوء .

٤- تحديد الثمن :

الأصل أن يتم ذلك باتفاق طرفي العقد . وكما سبق أن قلنا أن الثمن شرط تعاقدى ، يهدف إليه المتعاقد مع الإدارة . فهو في كل حال يسعى إلى تحقيق الربح وهو هدف مشروع . وإذا كانت الإدارة واجب عليها أن تدفع السعر الذي اتفقت عليه مع المتعاقد فإن القانون قد أحاط عملية تحديد الثمن في العقد لضوابط يجب ألا تخالفها الإدارة . وأهم هذه الضوابط ما يلي :

أ - (رساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية

(١) سليمان الطماوي : الأسس العامة - المرجع السابق ص ٢٨٥ .

والمالية (المادة ٢٨ من اللائحة التنفيذية) .

ب- حددت المادة ٥٥ من لائحة التنفيذية القواعد التي تحكم كتابة وتحديد الأسعار في العروض المقدمة وهي كما يلي :

- أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطابعة رقماً وحرفاً باللغة العربية ويكون سعر الوحدة في كل صنف بحسب ما هو مدرج بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقدساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل في الوحدة .

- ويجوز في حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة في الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية ويتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن في تاريخ فتح المظاريف .

ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .

- لا يجوز التكتيش أو المحو في جدول الفئات . وكل تصحيح في الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته رقماً وحرفاً وتوثيقه .

ب- تسديد الثمن .

القاعدة أن تسديد الثمن لا يكون إلا بعد أداء المتعاقد مع الإدارة لالتزامه .

على أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى إرهاب المتعاقد مع الإدارة فقد يستمر تنفيذ العقد مدة طويلة . فضلاً عن المفاقمة مبالغ طائلة . ومن ثم فإنه استثناء من ذلك فإن الإدارة قد تصرف للمتعاقد معها دفعات مقدّمة من قيمة التعاقد أو دفعات تحت الحساب بعد تمام بعض الأعمال .

والصورة الأولى نصت عليه المادة ٦٩ من لائحة التنفيذية للقانون

٨٩ لسنة ١٩٩٨ بضوابط محددة كما يلي « يكون الترخيص بصرف مبالغ مقدماً من قيمة التعاقد بموافقة السلطة المختصة ويشترط أن يكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان مصرفي معتمد بذات القيمة والعمل وغير مفقود بأي شرط وسأرى الملعون حتى تاريخ الاستحقاق الفعلي لتلك المبالغ ويستثنى من شرط تقديم خطاب الضمان المشار إليه حالات التعاقد التي تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات.

ويراعى عند المناضلة والمقارنة بين العطاءات إضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزي وقت ثبت في المناقصة إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدماً وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلي .

على أنه في الحالات التي تكون فيها بداية تنفيذ العقد معلنة على تحقق أكثر من واقعة من بينها صرف الدفعة المقدمة ليراعى ألا يتم صرفها إلا بعد تحقق جميع الوقائع الأخرى .

ويجب في جميع الحالات أن يكون الدفع المقدم في حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التي يتم فيها التعاقد .

أما بالنسبة للصورة النائية :

فقد نصت عليها المادة ٨٥ من ذات اللاحة التنفيذية كما يلي « يجوز بموافقة الجهة الإدارية للتعاقد وعلى مسئوليتها أن يصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وعلى النحو الآتي :

أ - بحد أقصى ٩٥% من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول كما

يجوز صرف ٥% الباقية نظير كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت .

ب- بحد أقصى ٧٥% من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلاً بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقة عليها أن تكون مشونة بموقع العمل في حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلي اللازم وذلك من واقع فئات العقد ، وتعامل كالمشونات المواد التي تورد لموقع العمل صالحة للتركيب إلى أن يتم تركيبها

والجهة الإدارية المتعاقدة الحق في تنظيم الدفع للمقاول عن الأعمال التي تتم على نحو مقدير إذا قضت طبيعة الأعمال المسندة إليه ذلك ولها الحق في عدم صرف الدفع إذا رأت أن تقدم العمل أو سلوك المقاول غير مرضي .

ج - بعد تسلم الأعمال موقت تقوم جهة الإدارية بتحرير الكشف الختامية بقبية جميع الأعمال التي تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحق بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

٧- الرسم :

يعتبر الرسم هو المقابل المالي الرئيسي الذي يحصل عليه الملتزم في عقد الالتزام وهو يحصله من الجمهور .

ويعد الرسم في عقد الالتزام من الشروط اللانحبة على خلاف الثمن في غيره من العقود . ومن ثم فإن الإدارة تستطيع أن تغير في الرسم حسب ما تقتضيه مصلحة المرفق . بل أن الإدارة قد تستقل بتحديد وتقديره . ويجب أن تراعى في ذلك تحقيق المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق

فضلاً عن ضرورة التزامها بما يحدده المشرع من قواعد في هذا الصدد .
ويجب أن لا تتجاوز ما يحصل عليه الملتزم عن ١٠% من صافي أرباح
المرفق كما نصت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

المبحث الثاني

الدفع بعدم التنفيذ

تنص للقاعدة العامة في عقود الأفراد وفقاً للمادة ١٥٧ من القانون
المدني أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه
جاء للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع
التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ...» .

وهو ما يعرف في الفقه بالدفع بعدم تنفيذ العقد . فهل تخضع العقود
الإدارية لمثل هذا الدفع ؟ فلو فرضنا أن الإدارة قد تقاضت عن أداء
التزاماتها تجاه المتعاقد معها فهل يجوز لهذا المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ
التزاماته كتلبية لهذا الدفع ؟

ففي حقيقة الأمر أن الفقه والقضاء الإداري يجمع على أنه لا يجوز
الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية . وذلك مرده وأساسه هو اتصال
العقد بنشاط مرفق عام . وأن القول بغير ذلك ينال من مبدأ سير المرفق
العام بالنظام وأفراد وإلى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا إلى أنه من
المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص ، مناطه احتياجات
المرفق الذي يهدف العقد لتسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على
مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا
يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق

بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بالتزاماتها قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حلفت مساعلته عن تبعة فعله السلبى»^(١).

والعقوبة تنبذ من الناحية العملية أن عدم التسليم للمتعاقد مع الجهة الإدارية بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ يؤدي في كثير من الأحيان إلى اضطراب تنفيذ العقد اضطراباً شديداً ويؤدي إلى تأخير المتعاقد مع الجهة الإدارية في الوفاء بالتزاماته وهو ما يؤدي إلى زيادة تكلفة تنفيذ العقد . وقد سبق وأن رأينا أن جهة الإدارة كل يجب عليها ألا تدخل في إبرام العقد قبل توافر الاعتمادات المالية اللازمة لذلك . لأن غياب هذه الاعتمادات يؤثر على قدرتها على تنفيذ التزاماتها تجاه المتعاقد معها . فضلاً عما يحمله ذلك من آثار شديدة الوطأة على اقتصاديات المتعاقد مع الجهة الإدارية سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً . ولعل أزمة مديونية الحكومة تجاه شركات للمقاولات في مصر نتيجة لهذا الأمر .

كما أنه لا يخفى أن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية يمثل اختلالاً واضحاً بين مركزى طرفى العقد الإدارى وهو

(١) راجع لى ذلك قضائها فى الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٥ والطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨ والطعن رقم ١٧٣٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٩٢/٨/٢٤ ، والطعن رقم ٤٦٦٩ ، ٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٥ والطعن رقم ٦١٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٩٩/٢/٩ . والطعن رقم ١٧٣٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٤ .

محمد ماهر أبو الفين : العقود الإدارية - المرجع السابق - الكتب الثانية ، ص ١٤ .

الأمر الذي لا يحتمله كثير من العقود الإدارية الحديثة .

ولذلك كان طبيعياً أن يلجأ القضاء الإدارى فى مصر إلى عدد من الوسائل التى تخلف من غلواء هذا المبدأ حتى يستقيم أمر تنفيذ العقد الإدارى . ومن هذه الوسائل :

١- جواز الاتفاق فى عقد مقبولة الأعمال على إضافة مدة تأخير صرف مبلغ المستخلص للمقبول إلى مدة تنفيذ العقد .

وفى ذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواها رقم ٥٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ إلى «أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التى تظلل العقود جميعاً تتأبى أن تمسك الجهة الإدارية بعدم منح المتعاقد معها مهلة للتنفيذ إذا تراخت فى أداء التزاماتها المقابلة إذا ما قدرت عند التعاقد أن هذا التأخير من جانبها قد يعجزه عن أداء التزاماته فى الموعد المحدد» .

٢- عدم أداء مقابل الأعمال يعطى للمتعاقد الحق فى طلب إعادة النظر فى الأسعار .

وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواها رقم ٥٤١ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٨ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ ملف رقم ٢٩٦/٢/٧٨ .

«الأصل فى تنفيذ العقود الإدارية أنه لا يحور المتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخى فى تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة فى تنفيذ التزاماتها المتقابلة هذا الأصل يجوز الخروج عليه إذا ما قدرت الجهة الإدارية أن عدم تنفيذها لالتزاماتها يعجز للمتعاقد معها عن تنفيذ التزامه فى الموعد المحدد ويكون لها فى هذه الحالة إذا ما تجاوزت مدة توقف الأعمال للحد المعقول بسبب عدم قيامها بالتزامها بأداء مقابل الأعمال لعدم

توافق الاعتماد المالي أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلاً وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقد وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته .

٢- الخروج على قاعدة عدم جواز النسخ بعدم التنفيذ :

استشعرنا من القضاء لثقل قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وما تؤدي إليه من مشاكل تعطل تنفيذ هذه العقود . فإنه أجاز الخروج على هذه القاعدة إما بالاتفاق على ما يخالفها أو التمسك بعدم التنفيذ إن كان سيصيب المتعاقد مع الإدارة ضرر جسيم . وذلك كما يلي :

أ - في حكمها بتاريخ ١٨/١٢/١٩٧١ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن «الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضمناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإيراد إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجاً على هذا الأصل . وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه عقوبات تأخير مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها»^(١) .

٤- جواز النسخ بعدم التنفيذ لغير ضرر جسيم :

في حكمها بتاريخ ٦/٥/١٩٩٧ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن «وحيث أنه يكون ثابتاً مما تقدم إخلال جهة الإدارة في تنفيذ التزاماتها

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٦ لسنة ١١ في جلسة ١٨/١٢/

١٩٧١ - محمد ماهر أبو العيلى ، العقود الإدارية - الكتاب الثاني - ص ٥ .

قبل المفسول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسابق بيانها الأمر الذي يستعذر معه على المقاول الاستمرار في استكمال أعمال العقد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن سداد مستحقاته عن أعمال تمت ومن المفهوم أن عنصر التمويل العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال إذا تمتعت الإدارة عن سداد مقابل ما تم من أعمال وخاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة ويؤثر عدم السداد على المركز المالي للمتعاقد وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال .

وحيث أنه لا يغير مما تقدم ما أثّرته الطاعن من أنه لا يسوغ في العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق بحجة أن تمت إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله ويتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض فهذا القول وإن كان هو الأصل بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه ولا يسوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلك الإجراءات الإدارية دون ضرر جسيم يصيبه كما لو تنافست الإدارة عن توفير مواد التمويل فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق وهذه أمور تختلف اختلافا جوهريا عن إخلال الإدارة بالتزام أساسي في العقد لا يستمر تنفيذ العقد بدونه وهو موقف الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مرور وخاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في إمكانية الاستمرار في التنفيذ .

الفصل الثالث

التوازن في العقد الإداري

إذا كانت القاعدة العامة في العقود المدنية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين مما يعنى معه أن طرفيه يلتزمان بالتزامات محددة ثابتة فترة تنفيذ العقد ، فإن هذا الأصل لا يعدو أن يكون الاستثناء في إطار تنفيذ العقود الإدارية فالقاعدة العامة في تنفيذ هذه العقود هي مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها إما بالزيادة أو بالنقصان . على أن هذه القاعدة إذا اقتصرنا على التزامات المتعاقد مع الإدارة فقط تصبح العقود الإدارية مغرمة لهذا المتعاقد فضلاً عن ما يشكله ذلك من إجهاد له وعجز في حقوقه . ومن ثم كان لابد من أن تشمل هذه القاعدة حقوق هذا المتعاقد . ويرتّب على ذلك أنه إذا زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضاً وتلك هي فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية .

وهي فكرة منطقية فإذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام هو الذي يبرر للإدارة أن تغير في التزامات المتعاقد معها فإن ذلك أيضاً هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد .

وظهرت فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩١٠^(١) . ومثب أن استقرت في الفقه والقضاء كمبدأ أساسي يحكم التزامات المتعاقد مع الإدارة وهو ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها بتاريخ

(١) في ذلك راجع : سليمان الطماوي : الأسس العامة - المراجع السابق ص ٦١٠ .

٣٠ يونية ١٩٥٧ إذ تقول «أن الفقه والقضاء الإداري قد خلقا نظرية التوازن المثالي للعقد الإداري وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة . وبين المزايا التي ينفع بها ، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلا من مقتضاه وجوب التزام بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفة الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض . فتارة يكون التعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأما كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد ولختلاف الرأي من مبرراتها فإنه ما لا شبهة فيه أنها تتردد في الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري . كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضعت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح ، وأن هذه المحكمة لتري من الخير - بمناسبة هذه الدعوى الحالية التنبيه إلى أن القواعد والأصول والنظريات التي وضعها الفقه والقضاء الإداري في هذا الشأن إنما كانت وليدة البحث والتقصي وثمرة التجارب حقة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التي قامت بين جهات الإدارة والمتعاقدين معها . وأن الإطار العام الذي در فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة حاصنها أنه يكون مفهوماً أن حق جهة الإدارة في الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف وغايته من جانب المتعاقد معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجزئ له عن رأس ماله المستقل كله

أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الجانبية . ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما إزاء الطرف الأخرى موقف التبرص والنوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كما هو خليق بأن يتحول فى أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام القضاء بل أن الغالب فى شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها . أن تنظر إليها جهة الإدارة من زوايا تراعى فيها كثيراً من الاعتبارات الخاصة التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفرة المالى للدولة ، وأن الهدف الأساسى هو كفلة حسن سير المرافق العامة باستمرار والنظام ، حسب أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها . وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية . وهذا وذاك يقتضى بين الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاقد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازه فى مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها إلى أنه سينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسب قيامه بالعمل - جزاءه الأوفى وأجره العادل^(١) .

وفكرة التوازن المالى للمنفوق الإدارى لا تطبق فى حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض فى حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة . وإنما مجال أعمالها هى حالات التعويض التى يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة .

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٢٠ يولية ١٩٥٧ - المبادئ - ص ١١

والحالات التي يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة التعويض بغير أن ينسب إلى الإدارة خطأ هي حالات ثلاث :

تحلة الأولى : عمل الأمير . .

تحلة الثانية : الظروف الطارئة .

تحلة الثالثة : الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وسوف نتناول كل من هذه الحالات بالتفصيل كما يلي :

المطلب الأول

نظرية عمل الأمير

Le Fait Du Prince

تعتبر هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي . وهي أول الفئريات الستى أراد بها القضاء الإدارى إقامة التوازن المالى فى العقد الإدارى بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة^(١).

الفرع الأول

مفهوم النظرية

تعنى نظرية عمل الأمير صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها ويترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة يؤدى إلى الإخلال بالتوازن المالى للعقد الإدارى ويستوجب تعويضه .

Sarait Badaoui Le Fait Du Prince Dans Les Contrats (١)
Administratif en Droit Francais et en Droit egyptien, paris ,
L.G.D 1955 .

وبهذا التعريف أخذت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧ حيث قررت .. أن المقصود بنظرية فعل الأمير . هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقّد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة «المخاطر الإدارية» وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة^(١) .

وفي فتاها عرفتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأنها «إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقد لم يكن متوقفاً وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقّد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء»^(٢) .

الفرع الثاني

شروط نظرية عمل الأمير

استقر الفقه والقضاء الإداري سواء في مصر أو في فرنسا على ضرورة توافر عدة شروط لاحتطاق عمل الأمير . وفي حكمها بتاريخ ١٩/١٢/١٩٩٧ عدلت المحكمة الإدارية العليا هذه الشروط كما يلي : « فإن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناء على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط احتطاق تلك النظرية وهي :

(١) حكمها سالف الذكر .

(٢) فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٩/١٢/١٩٩٤ السنة ١٩ ص ٥١ .

- ١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية .
- ٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة .
- ٣- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد .
- ٤- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمستوليتها عقدية بلا خطأ .
- ٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .
- ٦- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمس الإجراء العام^(١).

وسوف نتناول هذه الشروط كما يلي : مع ملاحظة أن الشرطين الثالث والسادس هما في الحقيقة شرط واحد .

أولاً . وجود عقد إداري :

فإعمال نظرية عمل الأمير يجب أن تكون الرابطة التي تربط بين الإدارة والمتعاقد معها رابطة تعاقدية .

والربط بين تطبيق هذه النظرية ووجود الرابطة التعاقدية بين المضرور والجهة الإدارية أخذ به القضاء منذ بواكير أحكامه فقد ذهبت إلى ذلك محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٣ مارس سنة ١٩٥٧ إذ قررت «... متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الشغل رقم ١٧٤٩ لسنة ٢٧ق - جلسة ١٦/١٢/

القانون إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية أعمال الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان الضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد ، بأن زاد في الأعباء التي يستعملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد ولأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد^(١) .

ثانياً : أن يكون الفعل الضار صاعداً من جهة الإدارة المتعاقدة :

وهذا الشرط مقصود به تحديد نطاق تطبيق هذه النظرية وقصرها على حالة صدور الفعل الضار من الجهة الإدارية المتعاقدة ولم يكن الأمر كذلك في بدايات أعمال هذه النظرية فلقد كان ينصرف مداها نحو الأعمال التي تصدر من السلطات العامة سواء المتعاقدة أو أي سلطة أخرى .

على أن القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي قصر نطاق تطبيق هذه النظرية على الأفعال التي تصدرها الجهة المتعاقدة أما ما عداها من أفعال تصدر عن سلطات الدولة الأخرى فادخلها في نطاق نظرية الظروف الطارئة كما سنرى فيما بعد .

وهو الأمر الذي تأخذ به الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ففي فتاواه بتاريخ ١٩٧٩/٧/١١ .. «ومن حيث أنه بتطبيق المبادئ المتقدمة على الحالات محل البحث فإن الواضح أن زيادة الأعباء المالية للمقاولين نجمت عن رفع التسعيرة الجبرية للحديد والأسمنت وتسليمهم كميات من الحديد المستورد الذي لم تستلزم شروط التعاقد استخدامه بدلاً من الحديد المحلي وقد تم كل ذلك بإجراءات صادرة من غير

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣ المجموعة س ١١ ص ٢٣٩ .

الجهة المتعاقدة - وزارة الري - فمن ثم ينتفى شرط جوهرى من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير^(١).

والفعل أو الإجراء الذى يصدر عن الجهة المتعاقدة والذى يستوجب تطبيق عمل الأمير قد يكون فى صورة إجراء خاص يودى إلى تعديل مباشر فى العقد ، وقد يكون فى صورة إجراء عام يودى إلى تعديل شروط العقد . وذلك على التفصيل الآتى :

١ - صدور عمل الأمير فى صورة إجراء خاص :

علمنا فيما سبق أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام أدى إلى أن الإدارة لا تقف متساوية مع من يتعاقدون معها وإنما يكون لها مركز مميز من تجلياته أنها تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات يترتب عليها تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو بالزيادة وهو ما أستوجب ضرورة تعويض هذا المتعاقد صماً لوجود توارن بين التزاماته وحقوقه حتى لا يفقد مبرر استمراره فى علاقته التعاقدية مع الإدارة .

وعلى ذلك فإنه إذا تدخلت الإدارة المتعاقدة بإجراء خاص بهذه العلاقة التعاقدية أدى إلى تعديل وتغيير فى التزامات المتعاقد معها أستوجب ذلك مع توافر غيره من الشروط - تطبيق نظرية عمل الأمير .

ويشترط بصفة أساسية لأعمال هذه النظرية فى هذا النطاق ألا يكون القرار أو الإجراء الذى اتخذته الإدارة وأدى إلى تعديل التزامات المتعاقد معها صحيحاً ، فإذا مثل خطأ تعاقدياً أُنقضى مبرر تطبيق نظرية

(١) فستوى الجمعية العمومية بقررى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ

عمل الأمير . وكان للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض حسب قواعد
المستونية التعاقدية من خطأ الإدارة .
وللإجراء الخاص الذي تصدره الإدارة ويؤثر على التزامات المتعاقد
صورتان .

الصورة الأولى : تعديل شروط العقد :

وفيها قد تزيد الإدارة التزامات المتعاقد معها أو تنقصها أو تغيرها .
أما الصورة الثانية : أن يؤثر الإجراء من ظروف تنفيذ العقد .

وفي هذه الصورة لا يؤثر الإجراء الذي تتخذه الجهة الإدارية على
شروط العقد وإنما يؤثر على الظروف المحيطة بالتنفيذ . ويؤدي بطبيعة
الحال إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء جديدة .

على أنه يجدر التنبيه على أن قضاء مجلس الدولة في فرنسا يقيد
أعمال نظرية عمل الأمير في هذا النطاق بطبيعة العقد ذاته . بمعنى أن ثمة
عقود إدارية قد يخضع تنفيذها لظروف متغيرة تؤدي إلى زيادة أو نقص
التزامات المتعاقد مع الإدارة كما هو الأمر في بعض عقود الالتزام أو عقود
التوريد . كالعقود التي يكون موضوعها توريد أغذية أو مهمات للجنود في
الجيش أو أدوية للمرضى في المستشفيات أو المساجين في السجون فلا
يمكن أن تضمن الإدارة للمتعاقد معها أن تظل الأعداد محددة . فهي أعداد
قابلة للزيادة والنقصان دائماً .

ومن ثم فقد رفض تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من
جاء سحب الإدارة المساجين من سجن يديره مما أدى إلى نقص في

أعدادهم^(١).

كما رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض الأضرار الناجمة عن ارتفاع الأسعار الذي حدث نتيجة تدخل الإدارة سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما تشترى كميات كبيرة من السلع محل التعاقد مما يسهم في رفع الأسعار .

٢- صدور عمل الأمير في صورة إجراء عام :

في الحالة السابقة كانت صورة عمل الأمير إجراء يصدر في نطاق العقد أو في محيطه الخارجي ويؤثر في نصوص العقد ذاته أو في ظروف تنفيذه . أما الصورة الماثلة هنا فهو صدور إجراء عام ويعني ذلك صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة تؤدي إلى الإخلال بمركز المتعاقد معها ويضر مصالحه كأن تزيد من أسعاره أو تنقص مبالغه .

ولم تكن هذه الصورة محل اتفاق الفقه على أحقية المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويضات على اعتبار أنها تطبق لنظرية عمل الأمير . وذلك بدعوى أن هذه الإجراءات العامة تشمل جميع المواطنين في الدولة ولا تخص المتعاقد مع الإدارة . وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه . فقد ذهب في حكمه بتاريخ ٩ مارس ١٩٢٨ أن الإجراء العام الذي لا يوجه مباشرة إلى المتعاقد وأصابه بضرر لا يعوض بشرطين الأول أن يكون غير متوقع وهنا تطبق نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير . أما الثاني فهو أن ينص في العقد على تعويضه ، وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد التعويض تطبيقاً للنص العقدي .

على أن جانباً آخر من الفقه يرى أن نظرية عمل الأمير تطبق في حالة الإجراءات العامة التي تمس المتعاقد مع الإدارة وتسبب له الضرر وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في بعض أحكامها القليلة في هذا المجال إلى أن «... نظرية عمل الحاكم تستلزم صدور إجراءات عامة من جانب السلطات العامة»^(١).

كما ذهبت في حكم آخر إلى أن « يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص »^(٢).

والإجراء العام قد يؤدي إلى تعديل شروط العقد وقد يؤثر على ظروف تنفيذه .

فمن ناحية أخرى : قد يؤدي الإجراء العام إلى تعديل لشروط العقد إما بزيادة التزامات المتعاقد مع الإدارة فيؤدي إلى خسارته أو بإنقاصها فيؤدي إلى الإقلال من أرباحه .

ومن أمثلة هذه الحالة صدور قانون يقلل من نفقات الدولة مما أثر على التزاماتها التعاقدية . كما في حكم مجلس الدولة الفرنسي والذي صدر في ٢٨ أبريل ١٩٢٨ حيث صدر مرسوم يقضى بخفض نفقات الدولة بنسبته ١٠% مما أدى إلى أن تخفض الدولة نسبة الأقساط التي تلزم بدفعها إلى «متعاقد معها في عقد التزام مرفق سلك حديد بذات النسبة .

(١) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢ يولييه سنة ١٩٥٢ . المجموعة السنة ٧ ص ١٢٩٧

(٢) محكمة القضاء الإداري في حكمها في ٣٠ يناير ١٩٥٥ المجموعة السنة ٩ ص ٢٦٨ .

وتنظم المتعاقد مع الإدارة من هذا الخفض فحكم له مجلس الدولة بالتعويض إستناداً إلى توافر شروط نظرية عمل الأمير^(١).

على أنه إذا حدد المشرع في إجراءاته للعم قانوناً كان أو لائحة طريقة تعويض الأضرار التي تنتج عنه وحدده . فإن القضاء يلتزم بذلك أيا كانت قيمته هذه التعويضات .

ومن ناحية ثانية : فقد يصدر الإجراء العام لكنه لا يمس شروط العقد ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذ العقد الخارجية ، وذلك كأن يجعل التنفيذ أكثر مشقة كلفة للمتعاقد مع الإدارة . وتعويض المتعاقد في مثل هذه الحالة يعتبر من قبيل الاستثناء إستناداً إلى نظرية عمل الأمير . وإن جاز التعويض فيها إستناداً إلى نظريات أخرى .

وفي هذا النطاق يتطلب القضاء في بعض أحكامه أن يدل المتعاقد مع الإدارة صراحةً أو ضمناً على أن الضرر الذي لحق به لا ينال سائر المواطنين حتى يتسنى له الحصول على التعويض إعمالاً لنظرية عمل الأمير وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري «... يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد - على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو إذا أصابه ضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب»^(٢).

(١) C.E 28 Avril 1939 Chemins Defer de ouest Rev . De droit 19 ho (١) p .58 not jcz .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٥٥ - المجموعة س٩ ص٢٦٨ .

ثالثاً : أن ينشأ منه ضرر للمتعاقد .

يجب أن يترتب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة ضرر للمتعاقد معها ، فلو لم يترتب عليه مثل هذا الضرر فبقه لا يستوجب البحث في تعريض المتعاقد مع الإدارة . وفي نطاق نظرية عمل الأمير لا يشترط في الضرر الذي يتحقق لهذا المتعاقد أى قدر من الجسامة فقد يكون جسيميا وقد يكون ميسيراً . ويستوى أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء المتعاقد . أو في الإقصاء من أرباحه التى أراد الحصول عليها من وراء تعاقد مع إدارة . فهذا الضرر هو الذى يؤدى إلى اعتلال العلاقة بين المتعاقد والإدارة واختلالها مما يستدعى ضرورة تحقيق نوع من التوازن المالى بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى لا يفقد حماسه فى تنفيذ العقد بما يعود بالضرر على سير وانتظام المرفق .

ويجب أن يكون الضرر خاصاً أى يصيب المتعاقد مع الإدارة وحده بالضرر ، فإن كان الضرر يصيب العموم فلا وجه لانتطابق نظرية عمل الأمير ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٧ «.. ومن حيث أنه لما سبق ونظراً لأن الثابت من الأوراق أن الزيادة التى طرأت فى أسعار مواد البناء لم تكوّن عن الجهة الإدارية المتعاقدة وهى مديرية الإسكان بمحافظة سوهاج وهى إحدى الجهات التابعة لمحافظة سوهاج هذا فضلاً عن أن الضرر الذى تدعيه الشركة نتيجة زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصاً بتلك الشركة بحسبان تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع المتعاقدين سواء فى النطاق الإدارى أو نطاق تعاملات الأفراد وبالتالي فلا تكون شروط انتطابق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة للنزاع

المائل الأمر الذى يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب»^(١).

وأباً . تفترض نظرية عمل الأمير عدم خطأ الإدارة .

فالإدارة حين اتخذت الإجراء الذى أدى إلى الإضرار بمركز المتعاقد معها لم تخطئ . فنظرية عمل الأمير تفترض عدم خطأ الإدارة فإذا ثبت خطأ الإدارة فإن مسئوليتها تكون مسئولية عقدية .

فالرابطه العقدية لا تنبذ الإدارة باعتبارها سلطة عامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة . وعليها أن تتخذ كل الإجراءات التى تحقق ذلك حتى لو ترتب على تلك اختلال الروابط العقدية التى تربطها بمن يتعاقد معها .

هامساً . يجب أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع .

ويعتبر هذا الشرط شرطاً عاماً فى جميع النظريات التى تسعى إلى أقامه لتوازن المالى فى العقد الإدارى وهى إلى جانب نظرية عمل الأمير نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . فإذا كان هذا الإجراء متوقعاً فى إطار نصوص العقد الصريحة أو ما تؤول إليه من تفسير ، فإن الأمر لا يخرج عن تفسير العقد وتطبيق نصوصه ولا حاجة إذا لنظرية عمل الأمير .

وقد فصلت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٧ هذا الشرط كما يلى «... ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فإذا

(١) حكم محكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٧ الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق

عليها الموسوعة الجزء ٤٩ ص ١٧٧ .

ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذى يترتب عليه تغلر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير^(١).

وإذا كان توقع الإجراء أو عدم توقعه قد يتحقق بالنسبة للإجراءات العامة ، فبالنسبة للإجراءات الخاصة فإن الأمر يدق أحيانا . فالإدارة لها سلطة تعديل العقد الإدارى ولو لم يثبت ذلك فى العقد ، ومن المفترض أيضا علم المتعاقد بذلك وتوقعه . على أن هذا العلم والتوقع لا ينصرف إلى أصل الحق وإنما إلى حدوده ومداه ومدى تأثيره على اقتصاليات العقد.

الفرع الثانى

الأنار المخترجة على تطبيق نظرية عمل الأمير

يترتب على نظرية عمل الأمير جبر الأضرار التى لحقت بالمتعاقد مع الإدارة وذلك بتعويضه . ويعتبر الحصول على التعويض النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير على أن هناك نتائج أخرى فرعية كما يلى :

١ - للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزامه بتنفيذ العقد إن ترقب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية استحالة التنفيذ . كأن تصدر الإدارة قراراً بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد بتوريدها .

٢ - حق المتعاقد مع الإدارة فى أن تعذره الإدارة فى حالة تأخره عن تنفيذ التزاماته الناتج عن الإجراء الذى صدر عن الإدارة ، ويترتب

(١) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧ فى ٩٨٣ لسنة ٧ فى سابقى الإشارة

على ذلك عدم تحصيل الغرامات التي ترتبت على التأخير في تنفيذ العقد .

٣- حق المتعاقد في فسخ العقد إن ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزامه في العقد الإداري .

على أنه يبقى أن التعويض هو النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير ومن ثم يجب البحث في أساسه وكيفية تقديره وذلك كما يلي :

أولاً : أساس التعويض :

يتردد الفقه بين أساسين للتعويض الناتج عن تطبيق نظرية عمل الأمير . فالبعض يستند إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري والبعض الآخر يرى إسناده إلى المسؤولية التعاقدية للإدارة .

والحق أن التعويض في مثل هذه الحالة إنما مرده مسؤولية تعاقدية أي ناتجة عن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها وإنما هي مسؤولية بلا خط فالإدارة لم تخطئ حين اتخذت الإجراء الذي أدخل بمركز المتعاقد في العقد الإداري . وهي مسئولية تهدف إلى تحقيق التوازن المختل بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى يستمر في تنفيذ للالتزامات .

ثانياً : كيفية تحديد التعويض ومداه

إذا تحققت شروط نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق في هذه الحالة تعويضاً كاملاً . وهو يشمل ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة . فالتعويض يشمل كافة النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدها المتعاقد معها وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيه المتعاقد من أرباح . وفي حكمه بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ حددت قواعد هذا التعويض بقولها « أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي

للمقد ... أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد ، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره . بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد ، فلا تطبق عليه شروطه . وتعبير «عدم التوقع في هذه الخصوصية» معنى خاص بها وهو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ما دام أنها ليست جزءاً من الاتفاق ، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير . والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين : الأول ما لحق المتعاقد من خسارة . ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال ، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور لآيدي العاملة . كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة . وفي هذه الحالة يجب على جهة الإدارة أن تعرض للمتعاقد مع الإدارة على ما فاتته من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله»^(١) .

(١) محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ سأل للذكر .

المطلب الثانى

نظرية الظروف الطارئة

Théorie de l'imprévision

الفرع الأول

مفهوم النظرية

إذا كانت نظرية عمل الأمير تحقق التوازن المالى فى العقد الإدارى فى مواجهة إجراءات صدرت من جهة الإدارة المتعاقدة ونتيجة لظروف صنعتها وأثرت على تنفيذ العقد الإدارى بأن أصبح مرهقا للمتعاقد معه . فإن نظرية الظروف الطارئة تحقق هذا التوازن فى مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة .

فنظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفًا وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد وأنت إلى أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة أو بمعلى آخر فإنه لدى إلى قلب اقتصاديات العقد . وتؤدى إلى خسارة المتعاقد خسارة غير محتملة . وفى مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئيا عن هذه الخسارة .

ونظرية الظروف الطارئة أنشأها مجلس الدولة الفرنسى وصاغ مبادئها . وفى مصر نصت المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على الأخذ بهذه النظرية فى إطار عقد الالتزام كما يلى «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملزم فيها ، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل فوائمه الأسعار

وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وفوائده استغلاله ،
وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة
إلى القدر «المقبول» . ويمثل هذا النص أساساً تشريعياً للأخذ بنظرية
الظروف الطارئة في مصر وإن اقتصر الأمر في نطاق عقد الالتزام . ثم بعد
ذلك نص عليها القانون المدني في المادة ١٤٧ منه كما يلي :

١- « للعقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق
الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن في الوسع
توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح
مستحيلاً جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضي تبعا
للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى
الحد المعقول ويقع بطلان كل اتفاق يخالف ذلك » .

وبهذا النص التشريعي أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة شاملاً
العقود الإدارية والمدنية على السواء .

وعند اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية أخذ
بهذه النظرية وجعلها من المبادئ الرئيسية التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية .
وفي حكمها بتاريخ ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٧ تناولت المحكمة هذه النظرية
بالتفصيل كما يلي :

«إن القضاء الإداري قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون
الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه شريعة اتفاقية وأن العقد يلزم
عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحاً خرج القضاء الإداري من
نطاق تطبيق هذه القاعدة إلى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف

الطارئة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة وبما أدخله من مرونة على مبدأ العقد المتزمة في نطاق القانون الإداري وهو مبدأ لا يطبق كما هو في العقود المدنية ، بل يطبق تطبيقاً مرناً في شأن كل من جهتي الإدارة والمتعاقد معها تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الإدارة في بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فإنه من الطبيعي أن تطبق لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى ... وقد كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة من ابتكار القضاء الإداري وأخذ يطبقها بإطراد على جميع العقود الإدارية . وقد أقام الفقه والقضاء الإداري هذه النظرية إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها . وإذا كان الطارئ غير المتوقع منتظماً - كالقوة القاهرة - فكرة المفاجأة والحتم إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الالتزام فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً . بل يجعله مرهقاً يجاوز لسعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة . يستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجاء ، فبقوة القاهرة تقضى إلى انقضاء الالتزام وعلى هذا النحو يتحمل الدائن للمدين في تبعته . كما أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطة في نطاق نظرية الاستقلال أو القين الذي يقع لاحقاً لانقضاء العقد . وهي أيضاً ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه عن طريق التعويض . كما أن تطبيقها يخرج بالقاضي من حدود المألوف في رسالته فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك إلى تعديله .

ومفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري ، إنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد

فقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فليس من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاما جديداً ثم يكن محل اتفاق بينهما ... ومن هنا تختلف هذه للنظرية عن نظرية التوازن المالى للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالى للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذى هو طرف فيه ، أما فى نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذى يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا - فإن العقد يظل قائما وموجودا كما هو ، هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالى للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التى تصيب المتعاقد . أما فى حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة فى مقدار الضرر^(١) .

الفرع الثانى

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

أجمعت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها السابق بجلسة ٣٠ يونيه ١٩٥٧ شروط تطبيق هذه للنظرية كما يلى « ... ويجب لاستحقاق المتعاقد

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ سابق الإشارة إليه .

مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجية عن العقد وتوافر شروط ثلاثة : هي أولاً : أن يكون الحادث - أو الظروف - أجنبياً عن المتعاقدين أي مستقلاً عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه . ثانياً : أن يكون الطرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في حساب المتعاقدين ولوتهما المشتركة عند إبرام العقد ، ويقتضى الشرط البحث في عناصر ثلاثة : أولها طبيعة الحادث أو الطرف نفسه كأن يكون مثلاً من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية .. ثم أهمية الحادث أو الطرف الاستثنائي لأن التعويض لا يستحق إلا إذا كان ارتفاع الأثمان أو الأجور للحد الذي لا يطيقه المتعاقد أو مالا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء إضافية لا يستطيع احتمالها . والثاني : عنصر الزمن أي تحديد الوقت الذي أبرم فيه العقد للتحقق مع إذا كان المتعاقدان يتوقعان في هذا التاريخ أن ستقلب اقتصاديات العقد أم لا . ثالثاً : أن التعويض لا يستحق إلا إذا اتفقت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تتجاوز فدايتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ .

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١١/٥/١٩٦٨ إذ ذهبت إلى أن «تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ثم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إتمام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي

أُحاطت به طوال فترة الظروف الطارئة وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه ، ويقتصر دور القاضي الإداري على حكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية»^(١).

وفي حكمها بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٧ رددت المحكمة ذات المعاني في حكمها «... فإنه من المستقر عليه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهينة بلان نظراً خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تخل معها باقتصاديات العقد إخلال جسيماً»^(٢).

وعلى ذلك فإن شروط تطبيق هذه النظرية تتطلب توافر شرطين يتعلق الأول بالظروف الطارئة التي تحدث والثاني يتعلق بمدى تأثير هذه الظروف على اقتصاديات العقد . وسوف نبحث كل منهما كما يلي :

الشرط الأول حدوث ظرف طارئ

وحدث هذا الظرف الطارئ هو الشرط الأساسي الذي يبرر اللجوء إلى هذه النظرية والتي سميت به . ومعنى به الحادث الذي يطرأ خلال تنفيذ العقد فيؤدي إلى الخلل واضطراب في شروطه التي اتفق عليها المتعاقدان بما يجعل للالتزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده لها دفعا .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ طعن رقم ١٧٤٩ لسنة ١٠ -

الموسوعة جزء ١٨ ص ٨٩٣ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ -

الموسوعة جزء ٤٩ ص ١٧٤ .

ويستور التساؤل في إطار هذا الشرط عن طبيعة الظروف الاستثنائية ووقت وقوعه .

طبيعة الظروف الاستثنائية : هل يشترط فيه أن يكون من طبيعة اقتصادية ؟ . هذا ما ذهب إليه البعض تأسيساً على تحديد مجال نظرية الظروف الطارئة بالعمل على درأ المخاطر الاقتصادية التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة . أما نظرية عمل الأمير فتواجه المخاطر الإدارية ويبقى بعد ذلك المخاطر الطبيعية والتي تواجهها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

على أن الفقه الحديث رغم تسليمه بالأسس التي ينهض عليها هذا التقسيم إلا أنه ينطلق نحو توسيع نطاق الظروف الطارئة ليشمل كل الأسباب التي تؤدي إلى اختلال العلاقة الاقتصادية في العقد ويؤدي إلى أن يصبح الإصرار على تنفيذه يصورته إرهاباً للمتعاقد مع الإدارة . وعلى ذلك فكل حادث طارئ يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيماً يمكن أن يؤدي إلى تطبيق هذه النظرية .

وعلى ذلك فإن للظرف قد يكون اقتصادياً وقد يكون طبيعياً وقد يكون من عمل جهة إدارية غير الجهة العاقدة .

وهو ما تقضى به أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر .

فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٧ إلى أن «نظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد

عند إبرام العقد» .

وهو ما يسير عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي . فقد اعتبر من قبيل الظروف الطارئة الإجراءات العامة التي تصدر عن سلطات الدولة المختلفة مثل القوانين واللوائح ، كالقوانين التي تزيد في الضرائب القائمة أو تفرض ضرائب جديدة . أو قوانين التعامل بالنقد لتخفيض سعر العملة أو منع التعامل بعملة معينة .

وفي مصر ذهب قسم الرأي مجتمعاً في فتواه بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٥٤ إلى أن «يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنية المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني»^(١).

وقد يكون هذا الظرف من الظواهر الطبيعية . كقيام الحرب أو الكوارث الطبيعية . وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧^(٢) « لا تشبهه في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسخ توقعها ، والتي يترتب عليها أن إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف» .

ومما سبق يتضح سعة الظروف الطارئة وتنوعها فمن الصعب تحديدها بقالب محدد .

(١) سبق ذكره .

(٢) سبق ذكره .

ومن ناحية ثانية : فإن وقت وقوع الظرف الاستثنائي يجب أن يكون بعد تمام العقد وخلال تنفيذه . فأما عن اشتراط وقوعه بعد إبرام العقد فذلك أمر منطقي . فإذا وقع الحادث الطارئ قبل إبرام العقد فإن الطرف الذي يريد إبرام العقد مع الإدارة يستطيع أن يمتنع عن ذلك . فإذا ما قبل إبرامه فع وجود هذا الحادث فلا يكون طارئاً ومن ثم لا تطبق هذه النظرية .

وعلى ذلك يشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وقبل تمامه بطبيعة الحال . لأن تمام تنفيذ العقد يؤدي إلى انتهاء العقد .

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة مسلم أنها تطبق على جميع العقود الإدارية فإن تطبيقها على العقود الإدارية الكبرى الالتزام والاشتغال العامة والتوريد أكثر وذلك لأن هذه العقود في الغالب تتطلب وقتاً طويلاً في تنفيذها .

ويثور تساؤل عن مدى تأثير هذه الظروف إذا وقعت أثناء التنفيذ ولكن بعد فوات المواعيد المحددة في العقد لتمام هذا التنفيذ ؟ . في هذه الحالة لا يخرج الأمر عن فروض ثلاثة :

القول : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد مع الإدارة ، فهو إذا يمثل خطأ هذا المتعاقد الذي تقاعص عن تنفيذ التزاماته بغير مبرر مشروع حتى وقعت واقعة الظرف الطارئ . فيبقى هو مسئولاً عن ذلك فضلاً عن مسئوليته العقدية عن تأخره في التنفيذ .

وهو ما ذهبت إليه للجمعية العمومية تقسمي الفتوى والتشريع في فتاواها « فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن دواعي تطبيق الظروف الطارئة تختلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة

بتطبيق تلك النظرية أن توافرت شروط إعمالها^(١).

وفي حكمها بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى « المدعى عليه أخذ في تنفيذ العملية المقرر لها ثلاثة أشهر ونصف شهر حوالى سنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه في ١٩٧٥/٩/٢٢ إلا حوالى ٩٠% من مجموع الأعمال التى تتألف منها المقاولة ولئن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حسابه قد أسفر عن زيادة فى الأسعار بلغت ١٩٥% للأعمال العادية ٢٦٠% للأعمال الصحية ٢٨٠% للأعمال الكهربائية - إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إذ يتعين فى المقام الأول أن تطرأ الحوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإدارى وأن تكون خلال تلك المدة وليس بعدها - مؤثرة فى التزامات المتعاقد مع الإدارة ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق فيه فى يوم ١٩٧٣/١٢/٣٠ وكان من المعروف للكافة أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إلا بعد مضى أكثر من سنة كاملة على انتهائها . لذلك يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣^(٢) لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية » .

الخاتمة : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد ولكن الإدارة وافقت على

(١) الجمعية الموسمية تسمى الفئور والتشريع : جلسة ١٩٨٠/٢/٦ ملف ٢/٢٢/

٧٠٢ للموسوعة جزء ١٨ ص ٩٠٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ طعن رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ لسنة

٢٦ المرسوعة ج ١٨ ص ٩٠٤ .

امتداد تنفيذ العقد بناء على طلب المتعاقد . في مثل هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٦٢/٦/٩ إلى أن « مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة في هذه الخسارة ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها وللشراء على حسابها كما أن تطبيق هذه للنظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي إیرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار الزئبق بسبب نهافت الدول الكبرى على شرايته واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع»^(١).

الثالث : أن يكون التأخير في التنفيذ راجعاً إلى الإدارة ذاتها أو بسببها . وفي هذه الحالة لا جدال في أن الإدارة تتحمل نتيجة ذلك ، فهو خطئها . ولا يكون هنا مبرر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بل يجب أعمال نظرية عمل الأمير وهو ما يضمن للمتعاقد معها الحصول على تعويض كامل .

ويشترط في الظروف الطارئ شرطان أساسيان : يتعلق الأول :
منهما بضرورة أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه . أما الثاني : فيجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد . وذلك على التفصيل التالي :

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٢/٦/٩ طعن رقم ٣١٥٠ لسنة ٦٦
المرسومة جـ ١٨ ص ٩٠٠ .

١- ضرورة أن يكون الطرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه :

واستلزام عدم توقع الطرف الطارئ أمر منطقي . وذلك أن كل علاقة تعاقدية لا تخلو من مخاطر متوقعة قد تؤثر على مركز طرفيها أو تغير من حساباته . فهذه المخاطر التي يمكن حدوثها كالزيادة المعقولة في الأسعار لا يمكن أن تكون ظرفاً طارئاً مما يبرر للتدخل بتعويضه عما أحدثته هذه المخاطر . فضلاً عن أن هذه المخاطر لا يمكن لها أن تؤدي إلى قلب أو تغيير في المعادلة الاقتصادية للعقد الإداري .

وعلى ذلك فإن الطرف الطارئ الذي تتطلبه نظرية الظروف الطارئة يعني الظرف الذي يكن في حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مع الإدارة كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومة بمنع استيراد سلعة يلتزم بتوريدها أو تخفيض قيمة العملة فكل هذه ظروف طارئة لم تكن في حسابات المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد .

وفي تحديد هذا المعنى نقول للمحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ٩ يونيو ١٩٦٢ «أن الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق ، إن صح أنه كان متوقفاً بالنسبة إلى العقد الثاني ، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الواسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الأول جنيه و ٦٠٠ مليم بالنسبة للكيلو فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثاني ٢ جنيه و ٨٨٠ مليم ثم أصبح وقت الشراء ٤ جنيه و ٥٠ مليم ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة ..»^(١).

وعلى ذلك فإن توقع المتعاقد مع الإدارة مجرد حدوث الظرف

(١) سابق الإشارة إليه .

الطارئ لا يمنع من انطباق نظرية الظروف الطارئة في حالة ما إذا كان هذا الحدث قد بلغ مدى بعيد . وفي ذلك ذهب قسم الرأي مجتمعاً في فتواه إلى أن « يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني إذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد . ومع التسليم الجدي بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع للتجاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به . ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد تجاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد . وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسائر بالقدر الذي يحدها ويردها إلى الحد المعقول»^(١).

٢- أن يكون الظروف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد

فيجب لكي يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض أن تكون العلاقة بينه وبين الطرف الطارئ الذي أصابه بالضرر مقطوعة تماماً . فإذا كان ثمة ارتباط بينه وبين حدوث هذا للظرف على أي وجه فإن هذه النظرية وما ترتبه من أثر لا تنطبق في هذه الحالة .

فإذا تسبب المتعاقد في حدوث هذا أو شارك في أحداثه كأن تأخر في تنفيذ التزامه أو أهمل في ذلك فإن حدوث هذا للطرف الطارئ لا يستتبع تعويض المتعاقد بناء على نظرية الظروف الطارئة .

(١) فتوى قسم الرأي مجتمعاً بمجلس الدولة بتاريخ ١٦/٢/١٩٥٧ برقم ٣٦٠ ص ٨٩٦.

المشروط الثاني : مدى تأثير الظرف الطارئ على العقد الإداري :

لا يكفى حدوث الظرف الطارئ حتى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض ، وإنما يجب أن يؤدي هذا الظرف إلى قلب القصد الاقتصادي للعقد على حد تعبير محكمة القضاء الإداري .

فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد أشبه بالكرثة التي أحاطت به من كل جانب . فلا يكفى أن يفقد ما عساه أن يجنيه من أرباح كلها أو بعضها وإنما علاوة على ذلك أحاطت به خسارة محقة تؤدي إلى الأضرار بموقفه المالي مما يؤثر على استمرار في تنفيذ العقد الإداري . وعلى ذلك فإن هذا الظرف الطارئ يؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا إرهاباً شديداً للمتعاقد مع الإدارة . وقياس مدى تأثير الظرف على اقتصاديات العقد إنما يقاس بقدرة المتعاقد على تحمل هذه الخسائر أو عدم تحملها فهو ليس معياراً جامداً . بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلى آخر فثمة ظرف طارئ يؤدي إلى الأضرار بمتعاقد ويرهقه إرهاباً شديداً ، وفي حالة أخرى قد لا يؤدي نفس الظرف إلى ذات النتيجة .

وهذه المعنى أشارت إليها أحكام القضاء الإداري في مصر في كل أحكامها . فها هي محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٩ يونيو سنة ١٩٦٠ على أن «مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق بالمتعاقد فادحة واستثنائية تجاوز للخسارة العادية . بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه أو انحصرت كل أثر الظرف

الطارئ في تقييد فرصة الربح على المتعاقد . فبقته لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية ..»^(١) .

الفرع الثالث

أثار نظرية الظروف الطارئة

تنهض نظرية الظروف الطارئة على فكرة جوهرية ، وهي اعتراض تنفيذ العقد ظرف طارئ بالشروط التي سبق وحددناها - يؤدي أن تصبح التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقة له وتؤدي إلى خسارته خسارة فادحة .

في هذه الحالة يجب على الإدارة أن تشارك المتعاقد معها في خسارته وتحمل جنباً منها . وعلى ذلك فهي لا تقدم تعويضاً كاملاً عن خسارته بمقتضى ظرف الطارئ . وإنما تقدم له عوناً مؤقتاً يقلل عثرته ويعينه على أداء التزاماته العقدية . فضلاً عن أن أعمال هذه النظرية لا تؤدي إلى انتهاء التزامات المتعاقد . فعلى الرغم من الصعوبة التي تنتج عن وجود ظرف الطارئ إلا أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل مبنية غير مقطوعة ، وذلك على التفصيل التالي :

١- استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية :

أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لا يؤدي إلى توقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء ما يترتب على العقد من التزامات . فعلى الرغم من حدوث هذه الظروف الطارئة وغير المتوقعة والتي لم يكن له علاقة بها ، فإن استمرار تنفيذ العقد أمر لازم . وكل ما يستطاع أن يطلب به جهة الإدارة هو أن تشاركه تحمل بعض جوانب هذه الخسارة التي لحقت به .

(١) حكم محكمة القضاء الإداري : بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٦٠ لمجموعة س ١٤ من ٢٦٦ .

وعلى ذلك فإن توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد في ظل وجود الحوادث الطارئة يمثل خطأ عقدياً تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تنزل عليه الجزاء المناسب . فضلاً عن أن توقفه عن تنفيذ التزاماته يمنعه من الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أو يقلل من نسبة التعويض التي يمكن أن يحصل عليها وذلك نظراً لخصم المبالغ المستحقة عليه كغرامات تأخير من قيمة ما يستحقه من تعويض . وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٩ يونيو ١٩٦٢ . كما يلي « أن مقتضى نظرية لحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة في هذه الخسارة صماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو يقوم به جهة الإدارة نيابة عنها عند الضرم على حسابها ، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وفقاً لأحكام لائحة المخازن والمستلزمات وأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي إبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار للزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه »^(١).

وإذا كانت المحكمة الإدارية العليا قد أقرت في هذا الحكم إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، على الرغم من توقف الشركة المتعاقدة عن تنفيذ العقد ، مع خصم غرامات التأخير المستحق عليها من مبلغ التعويض المستحق لها نتيجة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

وعلى خلاف ما سبق قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في فتاها بتاريخ ١٩٨٠/٢/٦ . « فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ

(١) سبق الإشارة إليه .

العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن نواحي تطبيق الظروف الطارئة تختلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط أعمالها .. » .

٢- حق المتعاقد في الحصول على تعويض .

إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة ، فإن الأمر يقتضي من جهة الإدارة المتعاقدة أن تشركه جزءاً من الخسارة التي لحقت به من جراء الحادث الطارئ .

وحق المتعاقد مع الإدارة في التعويض يثير مسألتين تتعلق الأولى ببيان أساس التعويض . والثانية حدود هذا التعويض .

نمن لذهبة أولى : يتأسس التعويض الذي ياله المتعاقد مع الإدارة في رأي البعض على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري على أن الأخذ بهذا الرأي يستدعي بطبيعة الحال أن تعوض الإدارة المتعاقد معها تعويضاً كاملاً غير منقوص عن كل الأضرار التي تسببها الظروف الطارئة . وهو أمر لم يقل به أحد . فالتعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالة لا يخرج عن كونه أمانة تهدف إلى إقالة عثرته ومشاركته في جزء من خسارته .

ويؤسس البعض هذا التعويض على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية . فاتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام يؤدي إلى ضرورة أن تسعى أطرافه إلى الحفاظ على هذه الرابطة حتى لا يتأثر المرفق العام بانقطاعها قبل أن تتحقق أهدافها . وعلى ذلك فإنه إذا طرأت ظروف طارئة وغير متوقعة أصابت المتعاقد مع الإدارة بخسارة فادحة تهدد بالتوقف عن تنفيذ

التزاماته العقدية ، فلأن اتصال العقد بنشاط مرفق عام يستدعى ضرورة أن تتحمل الإدارة جزءاً من هذه الخسارة حتى تعود للمتعاقد معها بعض عافيتها ويمتد في تنفيذ العقد .

ويحكم آثار نظرية الظروف الطارئة - في إطار عقود القانون الخاص - نص المادة ١٤٧ من القانون المدني والتي تتركب عليها ما يلي «.. جاز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول» .

وعلى ذلك فإن للقاضي المدني أن يعدل في نصوص العقد تلبية لما أحدثته نظرية الظروف الطارئة من اختلال . فله أن ينقص التزام الطرف الذي أصابه الضرر أو يزيد في التزامات الطرف الثاني .

وهذه السلطة الواسعة المخولة للقاضي المدني لم يسلّم بها أبداً للقاضي الإداري . فأياً كانت تأثيرات الظروف الطارئة على النصوص التي يحتويها العقد الإداري فإن سلطة القاضي الإداري تنحصر عنها ومن ثم فهو لا يستطيع أن يغير فيها أو يعدل منها بالزيادة أو النقصان . وكل ما هو له أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بتعويض يجبر جزءاً من خسارته . دون أن يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية . وهو ما قرره المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١١/٥/١٩٦٨ «.. ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها للزام جهة الإدارة للمتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة الظرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام ، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل

الالتزامات العقبية . « (١) .

على أن يُلَوَّر التساؤل عن كيفية حساب التعويض إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة .

سبق أن عرفنا أن التعويض الذي يترتب على نظرية عمل الأمير هو تعويض كامل يشمل ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب وما لحقه من خسارة . أما التعويض المترتب على نظرية الظروف الطارئة فهو في حقيقته معاناة تقدمها الإدارة للمتعاقد معها حتى تقلل حثرتة وتخفف من خسارته ، لكى يستطيع أن يستمر فى تنفيذ التزاماته . وعلى ذلك فإن التعويض فى ظل هذه للنظرية يوزع بين طرفى العقد على أن هذا التوزيع لا تحكمه قاعدة ثابتة وإنما يراعى فيها القاضى مقتضى الحال وظروف العقد والمتعاقد . والقدر الذى يلزم من التعويض حتى لا يتوقف تنفيذ العقد .

وفى ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا «... وأن مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها فى هذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصل للتنفيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه . ومبني حيث أنه فى ضوء ما تقدم يحق للطاعن المطالبة بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة على حالته ، والمحكمة وهى تطبق هذه الأحكام على وقائع الدعوى المطروحة ، تضع فى اعتبارها . أن الزيادة فى أسعار الشعير الذى اشترت به جهة الإدارة هذا المحصول على حساب الطاعن لم تكن باهظة إذ بلغ فرق السعر حوالى ١,٥٠٠ عن

(١) المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١١/٥/١٩٦٨ الطعين رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠٠٠ ،

٦٨ لسنة ١١٠٠ - الموسوعة ج ١٨ ص ٨٩٢ .

كل إردب ومن ثم فلا مجال لتطبيق الأحكام المشار إليها بالنسبة إلى شراء للمحصل أما بالنسبة إلى القين فإن الزيادة في الأسعار قد بلغت ٢٠ جنيه في الحمل . وبمراعاة الظروف والاعتبارات السابق بيانها تروى للمحكمة حقاً وعدلاً ، أن تشارك جهة الإدارة الطاعن في هذه الزيادة مناصفة بينهما...»^(١).

المطلب الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

Théorie De Sujétions Imprvues

الفرع الأول

مفهوم النظرية

تنهض نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أساس مواجهة المتعاقد مع الإدارة - أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية - لمشاكل وصعوبات مادية استثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين أبرم العقد .

ولا يشترط أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مستحيلاً . وإنما يكفي أن تؤدي إلى جعل هذا التنفيذ مرهقاً له ومكلفاً بصورة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد . وترتب هذه النظرية ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات - بوصفها السابق - من أضرار تعويضاً كاملاً .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ١٩٨٤/١/٢١ - الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ في - الموسوعة الإدارية الحديثة - ج١ - ص ٩٠٩ .

وتجسد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مجال تطبيقها الرئيسى فى عقود الأشغال العامة .

وفى حكمها بتاريخ ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ أجمعت محكمة القضاء الإدارى أحكام هذه النظرية كما يلى « الصعوبات غير المتوقعة من النظريات التى أبتكرها الفقه والقضاء الإدارى ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجب - من باب العدالة - تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه نية الطرفين المشتركة . والتعويض هنا لا يتمثل فى معونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التى يتحملها المفاوض بدفع مبلغ أضافى له على الأسعار المتفق عليها ، وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التى تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو لاختلال توازنه المالى ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة . كما تختلف أيضاً عن حالة القوة القاهرة فى أنه يكفى فى حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسراً وأكثر تكلفة فى حين أنه فى حالة القوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيذ مستحيلًا . كما أنه يترتب على القوة القاهرة أما وقف التنفيذ أو فسخ العقد . أما فى حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يفترض على العكس الاستمرار فى التنفيذ بسبب هذا الوضع الخاص للنظرية ويشتترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر

شروط خاصة يمكن أجمالها بصفة عامة فيما يلي :

أولاً : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية .
ثانياً : أن تكون الصعوبات طارئة أو غير متوقعة أو لا يمكن توقعها أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد .

ثالثاً : أن يترتب على تنفيذ العقد نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة .

وفي هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها بالتعويض . أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن النظرية لا تطبق . ولا يستحق المتعاقد مع الإدارة أي تعويض^(١) .

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بحكمها في تاريخ ١٦/١٢/١٩٩٧ بقولها «... يلتزم للقضاء بأحقية المفاوض للتعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية :

أولاً : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية .
ثانياً : أن تكون الصعوبات طارئة غير متوقعة أو بما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد .
ثالثاً : أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة^(٢) .

(١) حكم محكمة القضاء الإداري : في ٢٠/١٢/١٩٩٧ القضية رقم ٧٨٩٢ بسنة ٨٢ للمجموعة من ١١ ص ١٥٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠/١٢/١٩٩٧ الطعن رقم ٥١٧ لسنة ٢٩ ل - الموسوعة - هـ ٤٩ ص ١٧١ .

الفرع الثاني

شروط تطبيق النظرية

لا عمل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصعوبات مادية وذات طبيعة استثنائية لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتوقعها وذلك على الوجه التالي :

١ أن تواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية.

الصعوبات المادية تكون في الأغلب صعوبات طبيعية لم تكن في حسابات المتعاقد وقت إبرام العقد ويترتب عليها أن يصحح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أكثر إرهاقاً وأكثر كلفة عما قدره وإبرم العقد بناء عليه .

ففي نطاق عقد الأشغال العامة تنبذ هذه الصعوبات في عدم صلاحية الأرض محل الأشغال العامة كان تكون الأرض صحيرية أو غير صالحة لبناء عليها أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر كافة مما قدره العاقدان وقت إبرام العقد . وفي هذه الحالات تكون الصعوبات المادية صعوبات طبيعية . على أن ذلك لا ينفي أن تنشأ هذه الصعوبات بفعل إفساد أجنبي عن العقد .

ولكن تبرز هذه الصعوبات المادية حصول المتعاقد على التعويض يجب أن لا تحدث بفعل أحد المتعاقدين . فضلاً عن ضرورة أن تكون استثنائية وغير متوقعة .

نعم ناهية أولى : يجب ألا تحدث الصعوبات المادية بفعل أحد المتعاقدين فهي ليست من عمل الإدارة . فإن كانت هذه الصعوبات راجعة إلى عمل الإدارة فإن الأمر لا يتعلق بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير

المتوقعة ، وإنما يتعلق بنظرية عمل الأمير . وإن كانت هذه الصعوبات راجعة إلى فعل المتعاقد مع الإدارة أو ترتب على فعله زيادتها فإنه وهذه يتحمل مسئوليتها ولا يكون ثمة ضرورة لالتطبيق هذه النظرية أو غيرها .

ومن ناحية ثانية : يجب أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طابع استثنائي . فالصعوبات العادية التي تواجه المتعاقد مع الإدارة لا تستدعي التعويض عنها فكل علاقة تعاقدية يمكن أن تواجه بمثل هذه الصعوبات العادية . وإنما يجب أن تكون هذه الصعوبات غير عادية لا يمكن توقعها .

الشرط الثاني . أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة :

يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة فتنفيذ العقد ينطوي على بعض المخاطر والصعوبات التي يجب على المتعاقد مع الإدارة مواجهتها وتحمل تبعاتها . فالصعوبات التي تستدعي أن تعوضها الإدارة يجب ألا تكون متوقعة بل يجب أن تكون مفاجئة للمتعاقد . فإن كان ثمة إمكانية لتوقعها ببعض الجهد أثناء التعاقد فلا محل لالتطبيق هذه النظرية .

وهو ما تؤكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١/٢٠/١٩٥٧ سابق الإشارة إليه حيث تقول « .. ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبات طارئة أو غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوصف توقعها . هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها إلا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للشروط أو بالرغم مما تبين إليه أو ما اتخذ من حيلة لا تفلت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المعاملة في تسوير المرفق العام المتعاقد بشأنه .. » .

وهو ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا في حكمها في ١٢/٢٠ / ١٩٩٧ (سابق الإشارة إليه) «... ومن حيث أنه لما سبق وكانت الإدارة حسبها سلف لم تنف وجود اختلاف في طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الإضافية عن طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية والتي كانت محلاً للعقد الأصلي كما وأن الثابت من تقرير الخبير الذي ندينه محكمة القضاء الإداري أن الأثرية المتولدة عن الحفر بالنسبة للأعمال الإضافية تختلف اختلافاً جوهرياً عن الأعمال الأصلية - وأن حجم الأثرية التي قام المطعون ضده بنقلها بمناسبة تنفيذ الأعمال الإضافية يجاوز نسبة ٢٥% من قيمة الأعمال الأصلية ... ومن ثم فإنه لذلك ونظراً لأن الإدارة لم تقدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض محل الأعمال الإضافية أو أن الإدارة بنفسها كانت تعلم باختلاف طبيعة الأرض بالنسبة للأعمال الإضافية عن الأعمال الأصلية كما وأنه حسبما سلف لا يمكن القول بامتداد الإقرار الصادر من المطعون ضده بمعاينة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية إلى الأعمال الإضافية - وبالتالي يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد ...» .

وتظهر الصعوبات غير متوقعة حتى إذا ورد نص في العقد يتضمن التنبيه عن طبيعة التربة وإنها قد تكون مختلفة وبها صعوبات .

فإن هذا التنبيه إنما يحمل على الصعوبات التي تطرأ على تنفيذ العقد في الحدود المعقولة . وهو ما ذهبت إليه فتوى مجلس الدولة « .. لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسئولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة ، كذلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافاً مضاعفة تجاوز ما كان مقدراً

على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المفاوضين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة . ذلك أن هذا القول مردود بأن ما جاء في العقد وفي الشروط في خصوص التنبيه إلى طبيعة التربة وإلى ما تحتويه من صخور صلبة ونحو ذلك يحمل على أنه قصد به عدم مساعلة الهيئة عما يصادفه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمر مبنيا على الاختبارات والتهجوت الممكن إجراءها عند وضع مثل هذا التقدير أما ما جاوز هذه الحدود . مما يكون تم التسليم بأنه لم يكن ليخطر ببال أي من المتعاقدين أو ما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات يقتضي لقول بأنه مما لم ينتج عنه إليه قصد المتعاقدين لأمر بديهي هو أنهما لم يكونا يتوقعانه»^(١) . على أنه إذا اتفق الطرفان وقت إبرام العقد على تحمل المتعاقد مع الإدارة المسؤولية الكاملة عن جميع الصعوبات المالية التي تصادفه سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة . فإنه يجب الالتزام بذلك وإن كان مثل هذا الأمر لا ينفي تعويضه على أساس نظرية الظروف الطارئة أن توافرت في هذه الصعوبات شروط الحادث الطارئ . وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا « . . إذا كان مفاد القصوص الواردة في الشروط العلمة أن المفاوض مسئول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المالية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة وليس من شأن الصعوبات العادية غير

(١) فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٣/٤ الموسوعة

المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاب للمقاول أن تخول حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها فسي الخسارة التي تكون قد لحقت به إذ أن الصعوبات سالفة الذكر - أيا كان شأنها - لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب في الخسارة الفادحة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه^(١).

الشرط الثالث أن يترتب على هذه الصعوبات ضرر للمتعاقد مع الإدارة.

فيجب أن يترتب على وجود هذه الصعوبات المادية - بأوصافها السابقة - ضرر للمتعاقد ، فمثل هذا الضرر هو الذي يهرس إلزام إدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها . فلو فرضنا جداً أن المقاول يملك أجهزة مستطورة تستطيع أن تتغلب على الصعوبات المادية التي يمكن أن تقابله . فإن ذلك لا يستدعي تطبيق النظرية .

ولضرر المتصور حدوثه في إطار تواجد هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة في الأسعار بصورة لم تكن متوقعة . يترتب عليه زيادة نفقات الأسعار المتعلق عليها في العقد وتزيد من أعباء المتعاقد أما إذا كانت الزيادة لا تخل باقتصاديات العقد ولا تؤدي إلى إرهاب للمتعاقد مع الإدارة لا تستوجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفي ذلك ذهبت الجمعية العمومية للفتوى في فتاها رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢ سالفة الذكر . إلى أن «وتحديد الزيادة معالفة

(١) المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٢١١ لسنة ١٩٦٩/٦/٢٤ بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٤

فنية وذلك مع مراعاة أن يؤخذ في الاعتبار في هذا المصطلح أن كل زيادة لا يكون من شأنها الإخلال بالتعهدات العقد ولا تؤدي تبعاً إلى وضع الشركة في مركز غير ذلك الذي يمكن توقعه عند التعاقد ويكون من شأنه قلب التبعات العقد - لا مجرد اعتبار تنفيذه مما يرهق الشركة ويثقل كاهلها - كل زيادة لا تكون من شأنها ذلك يتجاوز عنها ولا تعوض الشركة عنها... » .

الفرد الثالث

أثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يترتب على ذلك أمرين :

الأول : استمرار التعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته . نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر على التزام التعاقد مع الإدارة . فهي لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام . ولكنها تؤدي إلى أن يصبح هذا التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة وذلك لا يؤدي إلى توقف التعاقد عن تنفيذ التزاماته .

الأمر الثاني : أن يترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة تعويض التعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في التكاليف أو الأسعار تعويضاً كاملاً . وهي في ذلك تمثل نظرية عمل الأمير وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة التي لا يبدو أن يكون التعويض فيها مجرد معاونة من الإدارة للتعاقد معها .

وعلى ذلك فإن التعويض الذي يترتب على وجود الصعوبات المادية

غير المتوقعة هو تعويض كامل يجبر كافة المصاريف والزيادات في الأسعار التي تكبدها المتعاقد مع الإدارة نتيجة لوجود هذه الصعوبات .

وهو ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ سابق الإشارة إليه « .. وبالتالي يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قللت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد وأن تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والآتربة وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول والتكاليف التي تحملها باعتبار الأسعار المتعلق عليها في العقد

لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة وإذا ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بالزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الإضافية بما يجاوز نسبة ٢٥% من الأعمال الأصلية - فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون جديراً بالتأييد » .

وفيما يلي جدول يبين شروط وأثار كل نظرية من النظريات الثلاثة

الأسس	الشروط	وجه المقارنة النظرية
<ul style="list-style-type: none"> - حق المتعاقد في التحل من التزامه إن توجب عليها استحالة تنفيذ العقد . - حقه في أن تعثره الإدارة في حالة تأخره عن تنفيذ التزامه . - حق المتعاقد في فسخ العقد . - حقه في الحصول على التعويض الكامل . 	<ul style="list-style-type: none"> ١- وجود عقد إداري . ٢- فعل ضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة دون خطأ منها في صورة إجراء علم غير متوقع . ٣- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص . 	<p>عمل الأمير</p>
<ul style="list-style-type: none"> - لا يستحق المتعاقد مع الإدارة بمقتضاها تعويضاً كاملاً وإنما تساعد الإدارة على تغطية هذا الخرف بتعويض جزئي . - استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد . 	<ul style="list-style-type: none"> ١- ظرف طارئ : <ul style="list-style-type: none"> أ- غير متوقع ولا يمكن دفعه . ب- أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد . ٢- أن يؤثر هذا الظرف في اقتصادات العقد بن يؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاباً شديداً للمتعاقد مع الإدارة . 	<p>الظروف الطارئة</p>
<ul style="list-style-type: none"> - استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد . - حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل . 	<ul style="list-style-type: none"> ١- صعوبات مادية وغير مادية (استثنائية) . ٢- صعوبات طارئة وغير متوقعة . ٣- أن يترتب عليها تلفات في تنفيذ تجاوز الأسعار لمثلها عليها . 	<p>الصعوبات المادية</p>



الباب الخامس

نهاية العقود الإدارية

الفصل الأول

النهاية الطبيعية للعقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية كشأن العقود جميعها لهاية طبيعية إذا تم تنفيذ الالتزامات التي تترتب عليها تنفيذاً كاملاً ، فإذا كان الأمر يتعلق بعقد توريد مثلاً فإن ذلك يكون بتسليم البضائع المطلوبة . وإذا تعلق الأمر بعقد تشغيل عامة فإن العقد ينتهي بإتمام الأعمال المطلوبة على أنه يجب التمييز بين العقود الفورية التي لا تستغرق زمناً للتنفيذ والعقود الزمنية التي تستغرق زمناً طويلاً كعقد الالتزام وعقد الإيجار وغير ذلك .

فالعقود الفورية تنقضي بالتنفيذ المحدد ميعاده في العقد ولا تتولد عنها آثار تمتد عبر الزمن ولذلك سميت بالعقود الفورية .

أما العقود الزمنية : فبأنها تنتهي بانتهاء المدة التي يحددها العقد . ما لم يتفق الطرفان على تجديد العقد ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً وقد يكون ضمنياً ، كأن ينص العقد على أن يجدد تلقائياً ما لم يبد أحد طرفيه الرغبة في إنهائه . وفي هذه الحالة يتجدد العقد تلقائياً وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٦/٥/١٩٩٥ إلى أنه «... ومن حيث أنه يبين من مطالعة الأوراق أن الهيئة الطاعنة تعاقبت مع المطعون ضده بموجب عقد مؤرخ ١٠/٧/١٩٧٩ على عملية نقل وتفريغ الثلج ... وتضمن البند الثامن من هذا العقد بأن التعاقد سنة واحدة تبدأ من ١٠/٧/١٩٧٩ وتنتهي في ٩/٧/١٩٨٠ ويتجدد العقد تلقائياً لمدة أخرى مماثلة ما لم ينبه أحد الطرفين على الآخر برغبته في إنهاء التعاقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب توصى عليه . ومن حيث أنه لما كان مفاد البند الثامن من العقد مثار النزاع أن مدة التعاقد عام واحد يتجدد تلقائياً ما لم ينبه أحد

الطرفين الآخر برغبته في إنهاء العقد قبل نهايته بشهر على الأقل بكتاب موصى عليه وكان الثابت أن مدة هذا العقد تبدأ من ١٩٧٩/٧/١٠ وتنتهي في ١٠/٧/١٩٧٩ وقد خلت الأوراق من دليل يفيد قيام الهيئة الطاعنة بالتبليغ على المطعون ضده برغبته في إنهاء التعاقد في الميعاد الموضح بالبند الثامن من هذا العقد فمن ثم يعتبر العقد مجدداً لعام آخر ، يبدأ اعتباراً من ١٠/٧/١٩٨٠ وبهذه المثبتة فإن قيام الهيئة الطاعنة بإنهاء العقد محل النزاع بدون مراعاة الميعاد المشار إليه يشكل ركن الخطأ في جانبها لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية ..»^(١).

وإذا استطل أمـد تنفيذ العقد الإداري بحيث تجاوز المدة المحددة في العقد فإن الأمر لا يخرج عن احتمالين :

نقول : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى المتعاقد ولذلك يتحمل هو مسئوليته.
ثاني : أن يكون التأخير لسبب راجع إلى الإدارة وفي هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد معها . وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥ « .. ومقتضى ذلك أنه إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد في غير المدة المحددة للتنفيذ بسبب يرجع إلى جهة الإدارة فإن من حقه أن يحصل على أية أعباء إضافية تحملها نتيجة تنفيذ الأعمال محل العقد في فترة تالية للفترة المحددة لتنفيذها ، وبالتالي يكون له الحق في المطالبة بأية زيادة قد تطرأ في أسعار المواد وخلافه مما يستعمل في العملية محل التعاقد .. »^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٩٥/٥/١٦ الطعن رقم ٢٣٩٠ لسنة ٢٢٢ قى
الموسوعة - ج ٤٩ ص ١٥٢ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا : بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥ الطعن رقم ٤٤١٦ . ٤٦٢٣
لسنة ٢٢٥ قى - الموسوعة - ج ٤٩ ص ١٢٩ .

الفصل الثاني

النهاية غير الطبيعية للعقد الإدارية

الأصل أن يبلغ العقد منتهاه ، ويصل إلى نهايته الطبيعية بتنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما الواردة في العقد والمترتبة عليه . على أن ذلك لا يكون دائماً وفي كل الأحوال . فتمت عقود تنحل وتحلل قبل أن تبلغ نهايته الطبيعية . وقد يكون ذلك باتفاق طرفيه . أو بحكم القانون أو بحكم قضائي أو بإدارة المنفردة للإدارة وهو ما سيبقى ودرسناه عند دراسة سلطات الإدارة في العقد الإداري .

أولاً : انتهاء العقد بتفريق الطرفين

وهو أمر مشروع ، فالعقد يتكون بإرادة طرفيه ، ولا مانع من أن ينتهي قبل ميعاده باتفاق طرفيه . على أن ذلك يقتضي أن تعبر للإدارة عن رغبتها في ذلك بصورة صريحة ، وأن يكون لديها من الأسباب ما يبرر ذلك .

ثانياً : انتهاء العقد بنقض القانون :

قد يرتب القانون في بعض الحالات فسخ العقد ومن ذلك ما نص عليه قانون المناقصات في المادة ٢٤ منه على ما يلي :

يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين :

- أ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع ، بنفسه أو بواسطة غيره بضرب مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة .
- ب - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

وينفرض العقد بقوة القانون أيضاً في حالات أخرى كما لو هلك محل

العقد . أو ارتكاب المتعاقد لجريمة معينة .

فالنا : انتهاء العقد بحكم قضائي :

فى هذه الحالة ينتهى العقد بحكم قضائى ، ويكون ذلك فى حالة لجوء أحد طرفيه إلى القاضى طالبا فسخ العقد . وغالبا ما يكون هو المتعاقد مع الإدارة . لأن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة .

ويجوز للمتعاقد مع الإدارة طلب إنهاء العقد لأحد الأسباب الآتية .

أ- للقوة القاهرة وهى الحلات الذى يستحيل دفعه ولا يرجع لإدارة أحد طرفى العقد سواء فى حدوثه أو فى توقعه ويترتب عليه جعل التنفيذ مستحيلا .

ب- إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبة على العقد : ففى حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية فلا مندوحة أمام المتعاقد من طلب فسخ العقد . فلا يسوغ أن يلزم المتعاقد بتنفيذ التزاماتها فى مقابل إخلال إدارة بالتزاماتها .

ج- تجاوز الإدارة لسلطاتها : على الرغم من أن العقد الإدارى يجعل للإدارة مركزاً فريداً ومتميزاً مرده مسئوليتها عن تنظيم وتسيير المرافق العامة . فإنه عقد يجب أن نحترم فيه الإدارة ما اتفقت عليه مع المتعاقد معها ولا تتجاوزهُ إلا للضرورة وتحقيق المصلحة العامة فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان قهراً بالسلطة أو تزيّداً لا مبرر له فإنه فى هذه الحالة يكون للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القاضى طالبا منه فسخ العقد الإدارى جزاء وفالما لتجاوز الإدارة لسلطاتها .

المفهرس

الصفحة	الموضوع
٧	مقدمة الطبعة الثانية
٩	مقدمة الطبعة الأولى
١٣	الباب الأول : العقود الإدارية في فرنسا ومصر - نشأة والمفهوم
١٥	الفصل الأول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا ومصر
١٥	المبحث الأول : نشأة العقود الإدارية في فرنسا
١٦	المطلب الأول : التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية
١٧	المطلب الثاني : ظهور معيار المرفق العام
١٨	المبحث الثاني : نشأة العقود الإدارية في مصر
١٨	المطلب الأول : مرحلة القضاء الموحد
	المطلب الثاني : مراحل اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات
٢١	العقود الإدارية
	الفصل الثاني : بين عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية والبحث
٢٥	عن معيار يميز بينهما
٢٥	المبحث الأول : تطور المعيار المميز للعقد الإداري
٢٨	المبحث الثاني : عناصر المعيار المميز للعقد الإداري
٣٣	المطلب الأول : ضرورة أن تكون الإدارة طرفاً في العقد
٣٨	المطلب الثاني : أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام
٤١	المطلب الثالث : أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية
٤١	أولاً : مفهوم الشروط الاستثنائية
٤٥	ثانياً : أهم صور الشروط الاستثنائية

- ٤٦ - شروط لها طابع السلطة العامة
- ٤٧ - شروط ترتبط بمبادئ القانون العام
- ٤٨ فصل الثالث : مركز المتعاقدين في العقد الإداري
- المبحث الأول : جمود الاتجاهات القضائية في نظرية العقود
- ٤٩ الإدارية
- المبحث الثاني : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في العقد
- ٥٠ الإداري
- المطلب الأول : مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحلة
- ٥١ إبرام العقد الإداري
- الفرع الأول : سلطة الإدارة في الغاء للمناقصة قبل البت فيها
- ٥٢ دون مسئولية عليها
- الفرع الثاني : عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة
- ٥٣ عامة
- الفرع الثالث : سلطة الإدارة في عدم اعتماد الترسية
- ٥٤ المطلب الثاني : مظاهر الاختلال في مرحلة تنفيذ العقد
- الفرع الأول : تعريض المتعاقد مع الإدارة جزئياً في الظروف
- ٥٥ الطارئة
- الفرع الثاني : ضرورة أن ترتبط ممارسة الإدارة بسلطاتها في
- ٥٦ العقد الإداري بطبيعة العقد وحصول المتعاقد معها
- ٥٧ على تعويض
- الفصل الرابع : صور العقود الإدارية
- ٥٨ المبحث الأول : عقد الالتزام
- ٥٩ المطلب الأول : تعريف عقد الالتزام

٧٤	المطلب الثاني : طبيعة عقد الالتزام
٧٤	أولاً : الشروط التعاقدية
٧٤	ثانياً : الشروط اللاحقة
٧٧	المطلب الثالث : النظام القانوني لعقد الالتزام
٧٧	أولاً : السلطة المانحة للالتزام
٧٨	ثانياً : مدة الالتزام
٧٩	المطلب الرابع : آثار عقد الالتزام
٧٩	أولاً : حقوق السلطة مانحة الالتزام
٧٩	١- حق الرقابة
٨٠	٢- حق للتعديل
٨١	٣- حق الاسترداد
٨١	ثانياً : حقوق الملتزم
٨٢	١- حق اقتضاء المقابل
٨٢	٢- حق الحصول على المزايا
٨٢	٣- حقه في التوازن المالي للعقد
٨٣	ثالثاً : حقوق المنتفعين في عقد الالتزام
٨٤	المطلب الخامس : التطور الحديث لعقود الالتزام
٨٤
٨٦	أولاً : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
٨٦	تعريف عقود عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
٨٧	مجالات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
٨٩	- الجهة الإدارية
٩٠	- شركة المشروع

٩٣	الخلفية الاقتصادية لنظام البوت
٩٤	ثانياً : أشكال عقود البوت
٩٤	١- البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T
٩٥	٢- البناء والتملك والتشغيل B.O.T
٩٥	٣- البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T
٩٥	٤- الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.B.O.T
٩٦	٥- البناء ونقل الملكية والتشغيل B.T.O
٩٦	ثالثاً: الصيغة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
١٠٠	عقود البوت B.O.T بين المنافع والمخاوف
١٠٧	غيايب تنظيم التشريع الشامل لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وللجوء إلى المعالجة الجزئية
١٠٩	أولاً : القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦
١١٠	ثانياً : القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة
١١١	ثالثاً : القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ في شأن تعديل أحكام القانون ٨٤ لسنة ١٩٦٨
١١٦	ملاحق أساسية لقانون الالتزام
١١٧	المبحث الثاني : عقد الأشغال العامة
١١٧	أولاً : تعريف عقد الأشغال
١١٨	ثانياً : شروط عقد الأشغال
١٩٩	المبحث الثالث : عقد التوريد
١٢١	الباب الثاني : إبرام العقود الإدارية

١٢٣	إبرام العقود الإدارية
١٢٥	الفصل الأول : الإجراءات السابقة على التعاقد الإداري
١٢٥	المبحث الأول - تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة
١٢٨	المبحث الثاني : الاستشارة السابقة
١٢٩	المبحث الثالث : توافر الاعتماد المالي
١٣١	المبحث الرابع : الإذن بالتعاقد
	المطلب الأول : تطلب موافقة البرلمان لإبرام بعض العقود
١٣٢	الإدارية
١٣٣	المطلب الثاني : تطلب موافقة جهة إدارية قبل إبرام العقد ...
١٣٤	المطلب الثالث : أثر مخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد
١٣٧	الفصل الثاني - أساليب إبرام العقود الإدارية
١٣٨	المبحث الأول : المناقصات
١٣٨	المطلب الأول : المبادئ العامة - التي تحكم نظام المناقصة العامة
١٣٩	الفرع الأول : المبدأ الأول : حرية المنافسة
١٣٩	أولاً : تعريف مبدأ حرية المنافسة
١٤١	ثانياً : القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة
١٤٨	الفرع الثاني : مبدأ العالقية
١٤٨	أولاً : الإعلان عن المناقصة
١٥٠	١- موضوع الإعلان
١٥١	٢- تحديد شروط المناقصة
١٥٢	٣- الطبيعة القانونية لكراسات الشروط
١٥٤	ثانياً : تحديد من له حق الاشتراك في المناقصة
١٥٩	الفرع الثالث : تقديم العطاء

١٥٩	أولاً : إعداد العطاء ومرفقاته
١٥٩	١- العرض الفني والعرض المالي
١٦٠	أ - ضرورة كتابة السعر بشكل معين
١٦٢	ب- ضرورة أن يكون السعر نهائياً
١٦٣	ج- زيادة الأسعار بقيمة الضرائب
١٦٤	٢- مرفقات العطاء
١٦٥	أ - التأمين الابتدائي
١٦٧	١- صور التأمين الابتدائي
١٦٧	التأمين النقدي
١٦٨	الشيكات
١٦٩	خطابات الضمان
١٧٠	٢- كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائي
١٧١	أ- حساب التأمين الابتدائي في العطاء غير محدد الموضوع ..
١٧١	ب- حساب التأمين في حالة تقديم عطاء أكثر تميزاً وتطراً ...
١٧٤	٣- الخطأ في حساب التأمين الابتدائي
١٧٦	ب- التحفظات المصاحبة للعطاء
١٧٨	١- شروط صحة التحفظات
١٧٨	٢- أنواع التحفظات
١٧٩	ثانياً : سلطة الإدارة في قبول العطاء
١٨٠	١- شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة في الاستبعاد
١٨٠	أ - شروط قبول العطاء
١٨١	١- ميعاد وصول العطاء
١٨٢	٢- كيفية تقديم العطاء

١٨٣	ب- سلطة الإدارة في الاستبعاد
١٨٤	١- حالات الاستبعاد
١٨٤	أ- الاستبعاد تطبيقاً لشروط حسن السمعة
١٨٧	ب- الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان
١٨٩	ج- استبعاد العطاء لعدم توافر الشروط
١٨٩	د- الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية
١٩١	٢- الرقابة القضائية على قرارات الاستبعاد
١٩١	٣- الأثر القانوني المترتب على تصدير العطاء
١٩٢	أ - أساس الالتزام
١٩٥	ب- مدة الالتزام
١٩٦	المطلب الثاني : إسناد التعاقد عن طريق المناقصة
٢٠٠	الفروع الأولى : كيفية الإسناد و ضماناته
٢٠٣	أولاً : ضمانات الإسناد
٢٠٤	أ - تشكيل لجان البت
٢٠٨	٢- ضمانات عمل لجان البت
٢٠٩	ثانياً : كيفية الإسناد
٢٠٩	١- فحص العروض الفنية
٢١٠	٢- فتح المظاريف المالية
٢١٢	المبحث الثاني : التعاقد عن غير طريق المناقصة
٢١٢	المطلب الأول : الممارسة العامة
٢١٤	المطلب الثاني : الاتفاق المباشر
٢٢١	الباب الثالث : التحكيم والعقود الإدارية
٢٢١	الفصل الأول : التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا

	المبحث الأول : الحظر التشريعى للتحكيم فى العقود الإدارية
٢٢٢	وموقف القضاء منه
	المبحث الثانى : الاستثناءات التشريعية التى أجازت التحكيم فى
٢٢٦	العقود الإدارية
٢٢٦	المطلب الأول : قانون ١٧ أبريل ١٩٠٦
٢٢٨	المطلب الثانى : قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦
٢٣١	الفصل الثانى : التحكيم فى العقود الإدارية فى مصر
٢٣٣	المبحث الأول : غياب النص التشريعى واختلاف الفقه والقضاء
	حول جواز التحكيم فى العقود الإدارية
٢٣٥	المطلب الأول : عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية
٢٣٩	المطلب الثانى : جواز التحكيم فى العقود الإدارية
	المبحث الثانى : صدور القانون ٢٧ لسنة ٩٤ واستمرار الخلاف
٢٤٢	حول التحكيم فى العقود الإدارية
	المبحث الثالث : خضوع العقود الإدارية للتحكيم بالقانون رقم ٩
٢٤٥	لسنة ١٩٩٧
٢٤٦	المطلب الأول : نطاق تطبيق القانون
٢٥٠	المطلب الثانى : شروط تطبيق القانون
٢٥٥	الفصل الثالث : آثار التحكيم فى العقود الإدارية
٢٥٩	الباب الرابع : آثار العقد الإدارى
٢٦١	الفصل الأول : التزامات المتعقد مع الإدارة وسلطات الإدارة فى مواجهته
٢٦٢	المبحث الأول : التزام المتعقد بتنفيذ التزاماته شخصيا
٢٦٣	أولاً : التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن

٢٦٧ ثانياً : موت المتعاقد مع الإدارة
٢٦٨ ثالثاً : إفلاس المتعاقد أو إعساره
٢٦٩ المبحث الثاني : سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد
٢٧١ المطلب الأول : حق الرقابة
٢٧٤ المطلب الثاني : حق التعديل
٢٨٢ المطلب الثالث : حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد
٢٨٣ الفرع الأول : النظام القانوني للجزاءات الإدارية
٢٨٣ أولاً : حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها
٢٨٥ ثانياً : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات لا تحتاج إلى نص
٢٨٦ ثالثاً : إعدام المتعاقد قبل توقيع الجزاء
٢٨٧ رابعاً : رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء
٢٨٨ الفرع الثاني : صور الجزاءات الإدارية
٢٨٨ أولاً : الجزاءات المالية
٢٩٢ ثانياً : وسائل الضغط والإجراه
٢٩٤ ثالثاً : القسح
٢٩٦ رابعاً : الجزاءات التأديبية
٢٩٩ الفصل الثاني : حقوق المتعاقد مع الإدارة
٢٩٩ المبحث الأول : الحصول على المقابل المالي للعقد
٣٠٠ - تحديد الثمن
٣٠١ - تسديد الثمن
٣٠٣ - للرسم
٣٠٤ المبحث الثاني : مدى جواز المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ
٣٠٩ الفصل الثالث : التوازن المالي في العقد الإداري

٣١٧	المطلب الأول : نظرية عمل الأمير
٣١٨	الفرع الأول : مفهوم النظرية
٣١٩	الفرع الثاني : شروط نظرية عمل الأمير
٣٢٠	أولاً : وجود عقد إداري
٣٢١	ثانياً : فعل ضار
٣٢٢	ثالثاً : ضرر المتعاقد
٣٢٣	رابعاً : عدم خطأ الإدارة
٣٢٤	خامساً : يجب أن يكون الإجراء غير متوقع
٣٢٥	الفرع الثالث : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير ..
٣٢٦	أولاً : أساس التمييز
٣٢٧	ثانياً : كيفية تحديد ومداه
٣٢٨	المطلب الثاني : نظرية الظروف الطارئة
٣٢٩	الفرع الأول : مفهوم النظرية
٣٣٠	الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
٣٣١	الشرط الأول : حدوث ظرف طارئ
٣٣٢	الشرط الثاني : مدى تأثيره على العقد الإداري
٣٣٣	الفرع الثالث : آثار نظرية الظروف الطارئة
٣٣٤	المطلب الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
٣٣٥	الفرع الأول : مفهوم النظرية
٣٣٦	الفرع الثاني : شروط تطبيق النظرية
٣٣٧	الفرع الثالث : آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ..
٣٣٨	الباب الخامس : نهاية العقود الإدارية
٣٣٩	الفصل الأول : النهاية الطبيعية للعقود الإدارية
٣٤٠	الفصل الثاني : النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية
٣٤١	الفهرس